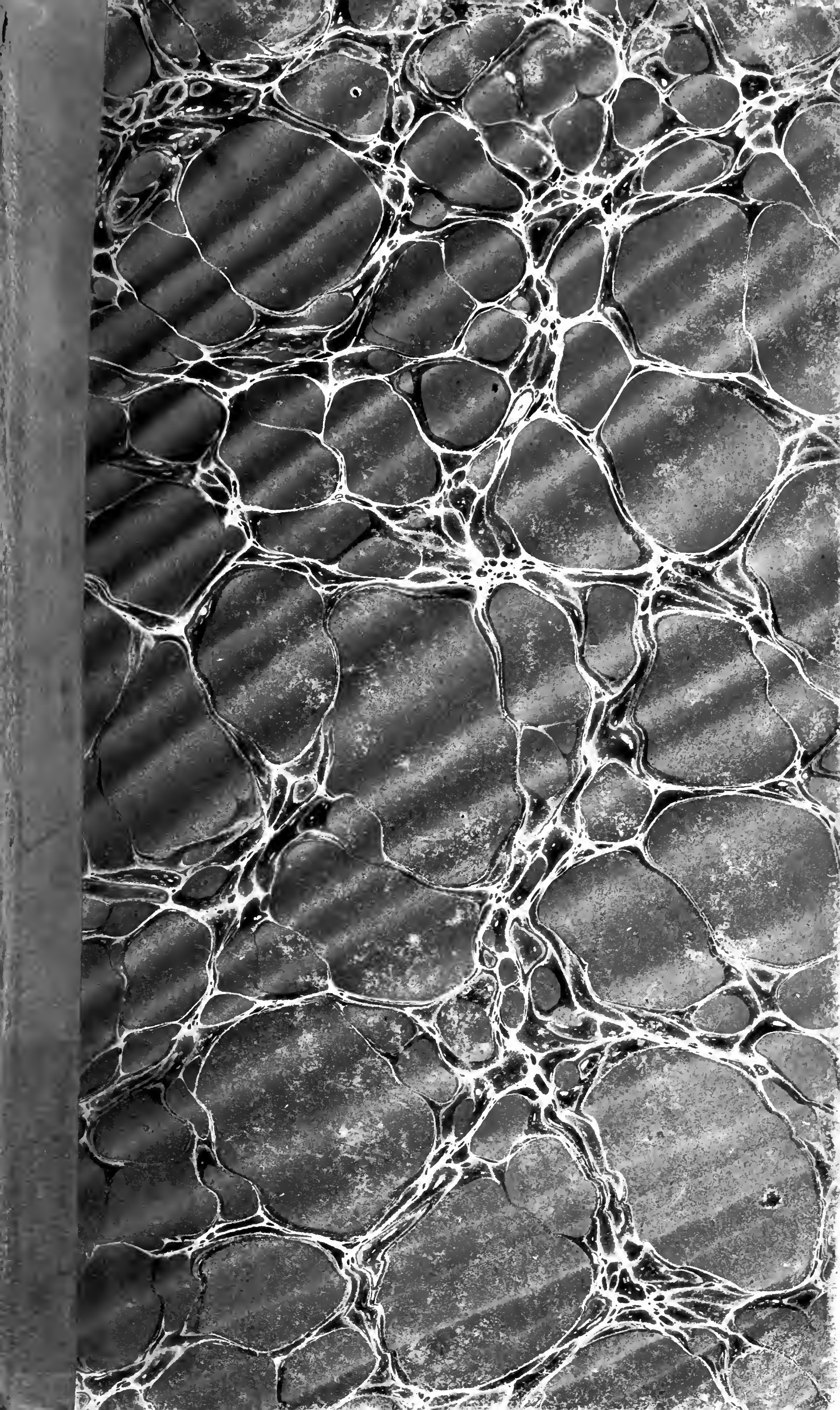


COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

à Paris,	CHEZ	VIDECOQ, PLACE DU PANTHÉON, N° 6.
		JOUBERT, RUE DES GRÈS, N° 14.
à Toulouse,		MME VEUVE VIEUSSEUX.
à Aix,		AUBIN.
à Rennes,		MOLLIEX.
		DUCHESNES.
à Poitiers,		SAURIN, FRÈRES.
à Caen,		MANCEL.
		MANOURY.
à Limoges,		MARMIGNON.
à Grenoble,		PRUDHOMME.
à Colmar,		REIFFINGER.
à Bordeaux,		CH. LAWALLE.

Paris. — De l'Imprimerie de RIGNOUX ET Ce, rue des Francs-Bourgeois-St.-Michel, 8.

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

TOME DEUXIÈME.

Troisième Edition.



PARIS.

ALEX-GOBELET, LIBRAIRE,

RUE SOUFFLOT, 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1834.

COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

TITRE V.
Du Mariage.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

1. *Importance du mariage.*
2. *Le mariage tient du Droit naturel par l'union des sexes.*
3. *Il puise aussi ses règles dans le Droit des gens.*
4. *Le Droit de chaque peuple lui prête ses formes particulières.*
5. *La religion lui imprime le caractère auguste de sacrement.*
6. *Il n'est envisagé, dans ce traité, que comme un contrat civil.*
7. *Loi pénale qui assure l'observation des formes civiles.*
8. *Définition du mariage.*
9. *Il est indissoluble dans l'intention de ceux qui le contractent.*
10. *Le principal but du mariage est la reproduction de l'espèce.*
11. *La division de la matière du mariage adoptée par les rédacteurs du Code pèche en plusieurs points.*
12. *Division plus régulière.*

1. De tous les engagemens que l'homme peut former, le plus important, celui qui exerce le plus d'influence sur sa destinée, c'est le mariage.

Source des familles, le mariage est le lien qui unit les membres de chacune d'elles par des rapports certains, rarement méconnus, et c'est par lui que se fondent et se perpétuent les empires : aussi a-t-il toujours été, chez les peuples civilisés, l'objet de la sollicitude particulière du législateur, attentif à le préserver de l'inconstance des désirs, et à le soustraire à la licence des passions.

2. Le mariage tient du Droit naturel par l'union des sexes. Les principes de ce Droit le protégent aussi comme contrat (1), parce que, abstraction faite des règles du Droit canonique qui régissent *le mariage chrétien*, il consiste essentiellement dans le consentement pur et libre des deux contractans, de s'unir pour jouir en commun des biens de la vie, et pour s'aider réciproquement à en supporter les maux ; tellement, dit l'auteur du *Répertoire de Jurisprudence*, que « les enfans qu'une femme « sauvage aurait eus d'un sauvage, dans un pays « où il n'y aurait point de lois établies, seraient « regardés comme légitimes, même parmi nous, « quand même le père et la mère n'auraient suivi « d'autres lois que celles qu'ils se seraient imposées. »

3. Par la même raison, le mariage puise aussi

(1) Heinneccius, *Elementa Juris*, n° 148, fait toutefois observer que le mariage n'est pas, à proprement parler, un *contrat*, puisque l'idée de contrat ne s'applique qu'aux choses qui sont dans le commerce : § 19, Inst. *de inutil. Stipul.*

ses règles dans le Droit des gens, non-seulement en ce qu'il est reconnu et respecté par tous les peuples, mais encore parce qu'il se contracte valablement entre des personnes de nations différentes (1).

4. Le Droit civil de chaque peuple lui prête ses formes particulières, pour lui donner plus de solennité, pour en régulariser et assurer les effets; et c'est par l'accomplissement des formalités et des conditions prescrites par les lois de chaque État, que s'unissent valablement les individus qui en dépendent; en sorte que nous regardons comme légitimes les enfans de deux époux, russes ou persans, qui ont accompli les lois de la Russie ou de la Perse, tandis que ceux de deux époux français seraient considérés comme enfans naturels, par cela seul que leur père et mère auraient négligé de remplir une des conditions dont les lois ont fait dépendre chez nous la validité du mariage.

5. Enfin la religion, en attribuant au mariage le caractère auguste du sacrement, le revendique comme une société consacrée par elle : c'est sous ce rapport que les canonistes le considèrent, parce

---

(1) Il en était autrement suivant les principes du Droit romain, du moins quant au mariage proprement dit, *nuptiæ aut connubium ;* car il n'avait lieu qu'entre les personnes jouissant du droit de la *cité* romaine, *inter solos cives romanos. PP.*, Inst., *de Nuptiis.* L'union qu'on appelait *matrimonium* se contractait avec les personnes libres quelconques : c'est notre véritable mariage ; et l'association des esclaves se nommait *contubernium. Voyez* Heinneccius, *loco citato*, n° 150, note.

que, suivant les lois de l'Église, la bénédiction nuptiale est essentielle à sa formation. Mais, ainsi que la constitution de 1791 (1), le Code civil ne considère le mariage que comme un contrat purement civil, qui reçoit sa perfection du consentement des parties, exprimé sous les conditions et selon les formes déterminées par la loi.

6. Nous l'envisagerons comme le législateur l'a envisagé lui-même; car les lois religieuses, qui n'ont jamais cessé de le régir comme lien religieux, n'entrent point dans le plan d'un ouvrage uniquement destiné à l'explication des lois civiles.

7. Pour donner une sanction plus efficace à ces lois, et pour empêcher que les contractans ne se crussent suffisamment liés par la bénédiction de l'Église, et ne compromissent ainsi, en éludant les formes purement civiles, leur état et celui de leurs enfans, la loi (2) a établi des peines contre tout ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui eût été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil.

8. Envisagé sous les rapports naturels et civils, le mariage est l'union légitime de l'homme et de la femme, qui s'associent généralement pour per-

(1) L'article 7 du titre 2 de cette Constitution portait que « la loi « ne considère le mariage que comme un contrat civil. »

(2) Art. 199 et 200 du Code pénal.

pétuer leur espèce, et toujours pour partager leur commune destinée.

Le Droit romain le définit ainsi : *Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* 1[er] INSTIT., *de Patriâ potest.*

9. Dans l'intention de ceux qui la forment, cette union doit durer jusqu'à la mort de l'un d'eux : tel est l'objet de leurs vœux en la contractant. Mais l'événement ne répond pas toujours à cette attente; car le mariage peut être résolu dans les cas et pour les causes déterminés par les lois. C'est ainsi qu'il se dissout par la mort civile de l'un des conjoints; et c'est aussi parce que, suivant les principes du Droit romain, admis en France depuis 1792 jusqu'en 1816, le mariage se résolvait par le divorce, que les interprètes de cette législation, voulant faire concorder la définition du mariage avec la réalité, disent qu'il est indissoluble *ex voto contrahentium, sed non semper ab eventu.*

10. Le principal but du mariage est la reproduction de l'espèce, mais ce n'est point son but unique; autrement il faudrait l'interdire aux personnes à qui l'âge a ravi le pouvoir de transmettre leur existence : cependant il n'en est pas ainsi. Bien mieux, suivant les principes du Code, tels qu'ils ont été développés par l'éloquent orateur chargé d'exposer les motifs de la loi sur *le mariage*, il est incontestable que les mariages contractés à

l'extrémité de la vie, et qu'on appelle, pour cela, mariages *in extremis*, sont très valables, s'ils ne sont vicieux pour autre cause.

Il est vrai que la loi ne permet de contracter mariage qu'aux individus qui sont arrivés à cet âge où la nature a, pour l'ordinaire, reçu assez de développement pour être habiles à la reproduction; mais c'est parce qu'en effet le principal but du mariage est la procréation des enfans, et que, d'ailleurs, le mariage étant un contrat, il faut, pour former ce contrat, être capable de discernement et de volonté.

En réalité, ce qui le constitue, ce qui en forme l'essence, c'est le consentement exprimé suivant les formalités et les conditions déterminées par les lois civiles; la cohabitation n'en est que la conséquence, et la procréation des enfans en est seulement le fruit. Cette fin, que se proposent les époux, n'est donc pas essentielle à la validité du contrat: le mariage est plutôt l'union des esprits et des volontés que celle des corps : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, L. 30, ff. *de Reg. jur.; — seu societas animorum, et affectio maritalis*, L. 32, § 13, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*

11. Dans l'explication de ce titre, nous ne suivrons pas exactement la division adoptée par les rédacteurs du Code : elle nous paraît fautive en plusieurs points. D'abord les formalités relatives à la célébration sont traitées avant les oppositions,

qui ne sont que la conséquence de l'inobservation des conditions requises pour la validité du mariage, et qui devaient suivre immédiatement le chapitre où ces conditions sont exposées. En second lieu, on a confondu dans un même chapitre la preuve du mariage avec les demandes en nullité, et la preuve du mariage n'a aucune relation avec les nullités; elle doit même être administrée avant que le mariage puisse être attaqué, lorsqu'il y a lieu de le faire. On a divisé en deux chapitres les obligations qui naissent du mariage, et les droits et les devoirs des époux, tandis que, bien que ces obligations, ces droits et ces devoirs soient divers par leur nature, ils dérivent néanmoins d'un même principe, du mariage. Enfin on a cru devoir faire un chapitre particulier (qui est le huitième et dernier) d'un cas de simple empêchement, qui aurait naturellement trouvé sa place au chapitre premier, parmi les conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

12. Nous adopterons donc une division plus régulière, ainsi que nous l'avons déjà fait pour d'autre matières, en subdivisant ensuite, selon l'ordre des idées, les membres de la grande division qui demanderont eux-mêmes à être divisés.

Ainsi nous traiterons, dans un premier chapitre, des qualités et conditions requises pour la validité du mariage;

Au chapitre IIe, des oppositions au mariage;

Au chapitre IIIe, des formalités relatives à la célébration;

Au chapitre IVe, de la preuve du mariage;

Au chapitre V^{e}, des demandes en nullité;

Au chapitre VIe, des obligations qui naissent du mariage, et des droits et des devoirs des époux;

Enfin, au chapitre VIIe, de la dissolution du mariage.

CHAPITRE PREMIER.

Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

SOMMAIRE.

13. *En principe, toute personne pubère est capable de contracter mariage.*
14. *Des conditions exigées par les lois à cet effet, les unes sont* affirmatives, *les autres* négatives : *celles-ci constituent ce qu'on appelle les* empêchemens.
15. *Division du chapitre.*

13. En général, toute personne pubère est cabable de contracter mariage.

Mais la loi a tracé des conditions sans lesquelles cette capacité n'existe cependant pas, ou du moins n'existe qu'imparfaitement; et c'est ce qu'il importe de bien connaître pour faire une application exacte des principes qui régissent ce contrat.

14. Plusieurs de ces conditions sont affirmatives, c'est-à-dire qu'elles consistent dans l'existence de tel ou tel fait exigé pour que le mariage

puisse être célébré de l'aveu de la loi : telle est la puberté, tel est aussi le consentement des parties et des personnes sous la puissance desquelles elles se trouvent relativement au mariage.

D'autres sont négatives, c'est-à-dire que, pour que le mariage puisse être contracté, tel ou tel fait ne doit pas exister ; ce sont ces dernières qu'on appelle *empêchemens :* comme l'existence d'un premier mariage, la parenté, etc. Nous motiverons plus particulièrement dans la suite cette distinction.

15. Ce chapitre sera divisé en quatre sections :

La première traitera de la puberté ou de l'âge compétent pour pouvoir contracter mariage ;

La seconde, du consentement des contractans ;

La troisième, du consentement des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent quant au mariage ;

La quatrième, des empêchemens légaux, soit à la célébration, soit à la validité du mariage.

Quant aux formalités prescrites pour la célébration, et aux dispositions relatives à la compétence de l'officier de l'état civil, leur observation constitue aussi, il est vrai, une des conditions requises pour la validité du mariage ; mais, ainsi que nous l'avons dit, nous en ferons, comme a cru d'ailleurs devoir le faire le législateur lui-même, l'objet d'un chapitre particulier.

SECTION PREMIÈRE.

De l'âge compétent pour pouvoir contracter mariage.

SOMMAIRE.

16. *Comme contrat, le mariage ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de discernement et de volonté.*
17. *De l'âge auquel les personnes peuvent contracter mariage.*
18. *La règle devait être uniforme pour toute la France continentale.*
19. *De la puberté suivant le Droit romain et le Droit canonique.*
20. *Il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.*
21. *Formalités à suivre à cet effet.*

16. En ne considérant même le mariage que comme un contrat, abstraction faite de sa fin principale, les lois ne pouvaient le permettre qu'aux personnes capables de discernement, puisque tout contrat ne peut être formé que par le concours de deux volontés sur le même sujet; mais cet acte n'a pas seulement pour objet l'homme moral, il embrasse aussi l'homme physique, car son but général est la reproduction de l'espèce, la perpétuité des familles: dès lors la raison voulait que, pour pouvoir le former, l'homme fût parvenu à cet âge où la nature lui donne la puissance de pouvoir accomplir ce vœu du mariage.

17. Cette époque de la vie où l'homme est habile à devenir père n'arrive pas, il est vrai, au même âge pour tous les individus; mais ne pouvant suivre dans chacun le développement des opérations sé-

crètes de la nature, la loi s'est vue dans la nécessité d'établir une règle pour tous, et, après avoir consulté l'expérience, d'ériger en présomption générale que l'homme est parvenu à la puberté à tel âge. C'est ausssi en consultant l'expérience, qui atteste que la puberté est plus accélérée dans un sexe que dans l'autre, qu'elle a établi une différence quant à l'âge auquel chacun d'eux pourrait contracter mariage. Ainsi porte l'article 144: « l'homme avant l'âge « de dix-huit ans révolus, la femme avant quinze « ans révolus, ne peuvent contracter mariage. »

18. Cette double règle devait être uniforme pour toute la France continentale (1), quoique en général la puberté soit plus précoce dans les départemens méridionaux que dans ceux du nord. Indépendamment des incertitudes sur lesquelles elles auraient été basées dans beaucoup de localités, plusieurs règles auraient offert la facilité de pouvoir les rendre illusoires, par des déplacemens préparés à l'avance. Il était d'ailleurs plus prudent de retarder pour quelques individus l'époque à laquelle ils peuvent contracter mariage, que de trop l'accélérer pour d'autres.

19. Le Droit romain et le Droit canonique, dont les règles, relativement au mariage, étaient suivies en France, fixaient l'âge à quatorze ans pour les hommes et à douze ans pour les femmes. Cet âge

(1) Peut-être mériterait-elle d'être modifiée dans les colonies, du moins relativement aux femmes.

était propablement suffisamment avancé pour les climats de la Grèce et de l'Italie ; mais on avait depuis long-temps pensé qu'il l'était trop peu pour le climat plus tempéré de la France : aussi, par la loi de 1792, cet âge fut fixé à quinze ans pour le sexe masculin, et à treize ans pour le sexe féminin. Les rédacteurs du Code civil l'ont encore reculé pour l'un et l'autre sexe, et l'on doit applaudir à la sagesse de leurs vues politiques.

20. Au reste, à côté du principe se trouve l'exception : la loi elle-même prévoit le cas où il y aurait nécessité de le faire fléchir. « Il est loisible au « Roi, dit l'article 145, d'accorder des dispenses « d'âge pour des motifs graves. »

21. Ces dispenses sont délivrées par une ordonnance du Roi, rendue sur le rapport du garde des sceaux. Voici ce que portent les articles 1, 2 et 5 de l'arrêté du 20 prairial an XI, qui règle les formes à suivre à cet égard :

« Art. 1er. Les dispenses pour se marier avant « dix-huit ans révolus pour les hommes, et quinze « ans révolus pour les femmes, et celles pour se ma-« rier dans les degrés prohibés par l'article 163 du « Code civil, seront délivrés par le gouvernement, « sur le rapport du grand-juge.

« 2. Le commissaire du gouvernement près le « tribunal de première instance de l'arrondisse-« ment dans lequel les impétrans se proposent de « célébrer le mariage, lorsqu'il s'agira de dispenses

« dans les degrés prohibés, ou de l'arrondissement « dans lequel l'impétrant a son domicile, lorsqu'il « s'agira de dispenses d'âge, mettra son avis au pied « de la pétition tentant à obtenir ces dispenses, et « elle sera ensuite adressée au grand-juge.

« 5. L'arrêté du gouvernement portant les dis- « penses d'âge ou celles dans les degrés prohibés, « sera, à la diligence du commissaire du gouver- « nement, et en vertu de l'ordonnance du prési- « dent, enregistré au greffe du tribunal civil de l'ar- « rondissement dans lequel le mariage sera célébré. « Une expédition de cet arrêté, dans laquelle il sera « fait mention de l'enregistrement, demeurera an- « nexée à l'acte de célébration du mariage. »

SECTION II.

Du consentement des parties contractantes.

SOMMAIRE.

22. *Une des conditions essentielles du mariage est le consentement des contractans :*
23. *Ce qui veut dire un consentement libre et pur.*
24. *La loi a laissé les tribunaux appréciateurs de la gravité des vices dont le consentement serait infecté.*
25. *Discussion au Conseil d'État sur l'article* 146, *relativement à l'interdit, au sourd-muet de naissance et au mort civilement.*
26. *Si la violence et l'erreur sont par elles-mêmes des causes de nullité du mariage, il n'en est pas de même du dol.*
27. *L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage.*
28. *Mais le conjoint n'a pas le droit de demander la nullité.*
29. *S'il existait des enfans de ce mariage, les tribunaux rejet-*

teraient peut-être la demande en nullité formée par l'interdit lui-même.

30. *Cette demande ne pourrait être formée par le tuteur de l'interdit.*

31. *La nullité serait, au surplus, couverte par la ratification expresse ou tacite donnée en temps de capacité : la ratification tacite résulterait d'une cohabitation continue pendant six mois.*

32. *Elle le serait aussi par le silence de l'interdit pendant dix ans depuis la main-levée de l'interdiction.*

33. *Les collatéraux n'auraient pas le droit, ni pendant sa vie, ni après sa mort, d'attaquer le mariage.*

34. *Le mariage contracté par un individu en état d'imbécillité ou de démence, mais non interdit, peut aussi être annulé sur sa demande, mais non sur celle de l'autre époux ou des collatéraux. Du mariage d'un prêtre : note.*

35. *Le prodigue peut contracter mariage, même sans l'assistance de son conseil.*

36. *Silence du Code sur le mariage des interdits pour crime.*

37. *Le conjoint de bonne foi peut en demander la nullité.*

38. *Cette action n'appartiendrait pas à ses héritiers, et elle se couvrirait à son égard par une ratification expresse, ou par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la découverte de l'erreur.*

39. *Les sourds-muets de naissance peuvent se marier, s'ils peuvent faire connaître d'une manière certaine leur consentement.*

40. *La violence ou la contrainte vicie le consentement, et rend le mariage nul.*

41. *Elle peut s'exercer de deux manières, c'est-à-dire que la violence peut être réelle ou physique, ou bien morale ou conditionnelle.*

42. *Même dans le cas de violence physique, le mariage n'est pas nul de plein droit.*

43. *Le Code a eu principalement en vue la violenne morale.*

44. *Caractère que doit avoir la violence pour qu'elle soit une cause de nullité.*

45. *On a égard à l'âge, au sexe, et même à la condition des personnes*

46. *Il n'est pas nécessaire que le mal soit présent, mais il faut que la crainte soit actuelle.*
47. *La seule crainte révérentielle ne vicierait pas le consentement.*
48. *Lorsque la violence a le caractère de gravité voulu par la loi, elle est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers.*
49. *Elle est aussi une cause de nullité si elle est exercée sur l'ascendant ou le descendant de l'époux.*
50. *La crainte qu'aurait un individu qui a abusé d'une jeune fille, d'être poursuivi pour ce fait, ne suffirait pas pour l'autoriser à demander la nullité du mariage qu'il aurait contracté sous l'empire de cette crainte.*
51. *Il en serait autrement si l'individu avait été contraint, par des violences ou des menaces d'une autre nature, à épouser cette fille.*
52. *Il y avait autrefois deux sortes de rapt : le rapt de violence et le rapt de séduction. Ancienne jurisprudence sur le rapt de violence.*
53. *Cette législation est abrogée ; le rapt ne donne lieu qu'à une action en nullité de mariage, et encore si la violence s'est continuée jusqu'à la célébration. Note relative aux peines dont ce fait est aujourd'hui puni.*
54. *La séduction n'est point par elle-même une cause de nullité du mariage, à la différence de l'ancien Droit. Quant à la manière dont ce fait est considéré par les lois pénales actuelles, note qui l'explique.*
55. *L'erreur rend aussi le mariage nul, lorsqu'elle tombe sur la personne avec laquelle on a voulu le contracter.*
56. *Mais l'erreur sur les qualités morales de cette personne ne vicie pas le consentement.*
57. *Il en est de même de celle qui ne tombe que sur les avantages que donne le hasard ;*
58. *Et aussi de celle qui tombe seulement sur les qualités de famille, sur la légitimité.*
59. *L'erreur d'une femme française qui épouse un étranger n'est pas non plus une cause de nullité du mariage.*
60. *Dans tous ces cas, quand bien même il y aurait eu dol de la part de l'époux, le mariage ne serait pas nul pour cela.*

61. *Discussions préliminaires du Code relativement à l'erreur en matière de mariage.*
62. *Le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré peut être annulé sur la demande du conjoint.*
63. *Il n'est pas vraisemblable, dans l'esprit du Code, qu'on ait entendu restreindre la règle touchant l'erreur au seul cas où il y a eu substitution d'une personne à une autre au moment de la célébration.*
64. *Mais y a-t-il erreur de nature à vicier le contrat lorsqu'on m'a fait épouser une fille cadette à la place de sa sœur aînée, ayant d'ailleurs bien vu la personne avant et lors de la célébration, et l'ayant agréée?*
65. *Dans ce cas, le dol de cette personne, joint à mon erreur, peut-il motiver l'action en nullité?*
66. *L'erreur d'une femme catholique qui épouse de bonne foi un moine profès est-elle suffisante pour faire annuler le mariage?*
67. *Suivant l'ancien Droit, l'impuissance dans l'un ou l'autre sexe était un empêchement au mariage, et en opérait la nullité.*
68. *Le Code garde le silence à cet égard; mais l'impuissance naturelle ne saurait aujourd'hui être une cause de nullité.*
69. *L'impuissance accidentelle antérieure au mariage, et ignorée de l'autre époux, constitue une erreur d'une nature assez grave pour faire annuler le mariage.*
70. *Ce n'est pas, à cet égard, que la différence soit de principe, mais elle tient à l'impossibilité de constater l'impuissance naturelle, qui pour cela ne peut servir de base à une action en désaveu d'enfant; tandis que cette impossibilité n'est pas la même quant à l'impuissance accidentelle.*
71. *Arrêt qui a néanmoins jugé que l'impuissance naturelle peut autoriser la demande en nullité; arrêt contraire.*

22. Une des conditions essentielles du mariage, c'est le consentement de ceux qui le contractent. Comme contrat, le mariage ne se forme que par le concours des volontés de l'une et de l'autre

partie, et sans cet accord, point de mariage. L'article 146 consacre en ces termes ce principe fondamental : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a « pas de consentement. »

23. Mais si le principe paraît aussi simple que juste, son application n'est cependant pas toujours facile. En effet, il n'a pas pour principal objet d'établir qu'il n'y a point de mariage entre ceux qui n'ont exprimé aucune espèce de consentement à cet égard : évidemment il eût été superflu. Son véritable sens n'est pas non plus qu'un consentement supposé dans un acte par la fraude ne saurait constituer un mariage valable ; car ce serait là un crime dont il n'est point ici question. Le législateur a donc eu principalement en vue de décider qu'un consentement exprimé dans un acte ne constitue néanmoins pas un mariage valable, si ce consentement est infecté de quelque vice qui en détruise l'essence, et n'en laisse subsister que le simulacre. Mais c'est dans la juste appréciation des caractères de ces vices et de leur degré d'intensité, que résident les plus graves difficultés que présente la matière du mariage, parce qu'en effet la question revient toujours à cette proposition : le vice dont se plaint l'une des parties est-il tel, que l'on doive raisonnablement croire que, sans le fait qui le constitue, le consentement n'eût pas été donné?

24. En se bornant à établir, ou plutôt à recon-

naître ce principe de raison évidente, qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement, le législateur a donc ainsi rendu les tribunaux appréciateurs souverains des circonstances dans lesquelles est intervenu celui qui a été exprimé, et de la gravité des vices qu'on lui reproche.

25. C'est ainsi que, dans la discussion au Conseil d'État sur l'article 146, tout fut ramené au principe général.

Le projet de loi énonçait les incapacités dans deux articles séparés : l'un de ces articles portait que *l'interdit pour cause de démence est incapable de contracter mariage ;* et l'autre, que *les sourds-muets ne peuvent se marier qu'autant qu'il serait constaté, dans les formes prescrites par la loi, qu'ils sont capables de manifester leur volonté.* La section de législation ajouta même une troisième disposition aux deux premières; cette nouvelle disposition portait : *L'individu frappé d'une condamnation emportant mort civile est incapable de contracter mariage, même pendant la durée du temps qui lui est accordé pour purger la contumace.*

Le Conseil d'État fut ensuite frappé de l'idée que l'incapacité de l'interdit et du sourd-muet de naissance ne peut exister que sous le rapport du défaut de consentement; que c'est parce que le premier ne peut pas consentir avec réflexion et discernement, qu'il devient incapable, et parce que le second ne peut pas toujours manifester clairement ses

conceptions et sa volonté, qu'on pouvait douter s'il ne fallait pas le déclarer inhabile à contracter mariage : aussi le Conseil d'État crut-il devoir simplifier la loi proposée, en ramenant tout à la condition unique du consentement, pensant qu'on pouvait sans inconvénient supprimer l'article de la section de législation, parce que les dispositions qu'il contenait n'étaient que des conséquences naturelles de la règle générale, qui exige pour le mariage un consentement valable.

L'article 146, ainsi resserré dans la seule disposition portant qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement, fut ensuite communiqué au Tribunat, qui présenta l'observation suivante : « On observe que cette disposition exige « un article formel qui établisse, comme règle cer- « taine et invariable, que l'interdit pour cause de « démence est, en fait de mariage, hors d'état de « donner un consentement valable, lors même qu'il « aurait des intervalles lucides. On propose l'addi- « tion suivante : L'interdit pour cause de démence « ne peut contracter mariage. »

Le Conseil d'État persista dans son sentiment; la règle générale lui parut avoir suffisamment pourvu à tout.

26. Mais ce n'est pas seulement sous le rapport du défaut de raison que peut être vicieux le consentement donné au mariage : la violence et l'erreur sont aussi des causes qui l'infectent dans son essence,

et qui peuvent le faire annuler. Nous traiterons de chacun de ces vices en particulier.

Auparavant, nous ferons remarquer que le dol, même tel qu'il est défini par l'article 1116 du Code, n'est point par lui-même un vice qui détruise le consentement donné au mariage, de manière à pouvoir servir de fondement à une action en nullité.

En effet, ou il a les caractères de la violence ou de l'erreur, et alors il se confond avec l'un ou l'autre de ces vices; ou il n'a pas ces caractères, et dans ce cas la loi n'en a point fait le principe d'une action en annulation du mariage. Le Code, qui parle expressément, au titre *du Mariage*, des vices de violence et d'erreur (art. 180) comme causes de nullité, est muet sur le dol.

§ Ier.

Du défaut de consentement par suite du défaut de raison, et, par occasion, du mariage des interdits pour crime, et de celui des sourds-muets de naissance.

27. Lors même que la discussion élevée au Conseil d'État sur la rédaction de l'article 146 ne nous apprendrait pas que l'interdit pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur, ne peut valablement contracter mariage, aucun doute raisonnable ne pourrait s'élever à ce sujet, d'après l'article 502, qui porte que « tous les actes consentis « par l'interdit, postérieurement au jugement d'in« terdiction, sont nuls de droit. »

28. Mais ce principe doit être combiné avec celui que consacre l'article 1125, suivant lequel les personnes capables de s'engager ne peuvent se prévaloir de l'incapacité de l'interdit avec lequel elles ont contracté : dès lors l'interdit seul, et non l'autre époux, pourrait demander la nullité.

29. Et comme en fait de nullité de mariage les tribunaux prennent en très grande considération les circonstances de la cause, il serait possible, s'il existait des enfans du mariage attaqué, que la demande en nullité formée par l'interdit lui-même fût rejetée, s'il était bien établi que celui-ci était dans un état parfaitement lucide au temps du mariage. Mais nous ne le jugerions pas ainsi.

30. Cette nullité ne pourrait, au surplus, être demandée par le tuteur de l'interdit. Une action de cette nature aurait besoin, pour être exercée, de l'autorisation du conseil de famille; et donner cette action au tuteur, ce serait indirectement la donner aux collatéraux, qui n'ont pas le droit d'attaquer le mariage du vivant de l'époux. (Art. 187.)

31. Dans le cas où l'interdit serait ensuite relevé de l'interdiction, la nullité serait, selon nous, couverte par une cohabitation continue pendant six mois depuis la main-levée de l'interdiction. Il y a même raison que lorsque le consentement donné au mariage était vicieux pour violence ou erreur :

c'est toujours du défaut de consentement qu'il s'agit dans l'un et l'autre cas. Or, d'après l'article 180, le vice qui infectait le consentement et rendait nul le mariage se purge par une ratification tacite, que la loi reconnaît dans cette cohabitation. Par la même raison, le vice serait purgé, et la nullité couverte, par une ratification expresse qui n'aurait pas même besoin, ainsi que nous le dirons ultérieurement, de réunir les formalités prescrites par l'article 1338.

32. Enfin, s'il n'y avait eu aucune ratification expresse ou tacite, soit parce que le conjoint est venu à mourir pendant l'interdiction, soit parce que l'interdit n'a pas cohabité avec lui depuis que la main-levée en a été prononcée, la nullité serait couverte par le laps de dix années à partir du jugement de main-levée. (Art. 1304.)

33. Si l'interdit mourait en état d'interdiction, sans laisser des enfans du mariage, les héritiers auraient-ils le droit d'en demander la nullité? La Cour de Toulouse semble l'avoir reconnu, en rejetant une demande en nullité du mariage contracté par un individu en état d'imbécillité, mais non interdit à l'époque de la célébration. La Cour s'est fondée sur ce que *l'interdiction de cet individu n'avait été ni prononcée ni provoquée de son vivant*, et, dès lors, que les héritiers étaient, d'après l'article 504, non-recevables à pouvoir attaquer ses actes : donc, dans l'esprit de l'arrêt, il en eût été autrement si l'in-

terdiction avait été prononcée, ou même simplement provoquée du vivant de l'individu, et, à plus forte raison, s'il eût été interdit au moment du mariage. L'arrêt est du 26 mars 1824. (Sirey, 1824, 1, 223.)

Mais la Cour de cassation a jugé, au contraire, par arrêt de cassation, dont nous allons parler au n° suivant, que les collatéraux n'ont l'action en nullité du mariage que dans les cas seulement où elle leur est expressément accordée par la loi : or, la loi ne s'est point spécialement expliquée sur celui dont il s'agit. A la vérité, dans l'espèce jugée, l'individu n'était point interdit au moment du mariage; mais le motif général qui a dicté l'arrêt s'applique à l'un comme à l'autre cas, et, de plus, l'interdiction avait été prononcée depuis; ce qui rendait les héritiers recevables à agir, du moins d'après les principes du Droit commun (art. 504). Cette dérogation à ces mêmes principes peut très bien s'expliquer par la disposition de l'article 174, qui donne aux collatéraux de la qualité qui y est désignée le droit de former opposition au mariage de leur parent, quand celui-ci est en état de démence. S'ils ne le font pas, ils doivent s'imputer leur négligence.

34. Le mariage contracté par un individu en état d'imbécillité ou de démence, mais non interdit, peut aussi, selon nous, être annulé sur sa demande. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a

pas de consentement (art. 146) (1). D'ailleurs, l'article 503 autorise la demande en nullité des actes antérieurs à l'interdiction, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. A ce cas s'appliquent les observations que nous venons de faire sur celui où l'interdiction était déjà prononcée au moment de la célébration. En conséquence, si l'individu recouvre sa raison, il pourra, surtout s'il n'existe pas d'enfans du mariage, en demander la nullité; mais après sa mort, ses héritiers n'auront pas ce droit, « attendu, porte l'arrêt de la Cour de cassa-« tion dont nous venons de parler, que, dans l'état « actuel de la législation, les collatéraux ne sont « recevables à attaquer le mariage que lorsqu'ils y « sont formellement autorisés par la loi; que ce « principe est établi par la combinaison de l'arti-« cle 184 avec les articles 25, 144, 147, 161, 162, « 163, 191 et 193 du Code civil;

« Qu'aucune loi n'a conféré aux héritiers collaté-« raux, dans les cas qui ont donné lieu à la demande « en nullité du mariage dont il s'agit, le droit de « former cette demande;

« Que, sous ce rapport, en supposant que les « nullités qui ont été la base de l'action eussent été « fondées, il aurait encore été nécessaire que la loi « eût attribué aux héritiers du sieur Martin (2) le

---

(1) *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est. Sed rectè contractum non impedit.* L. 16, § 2, ff. *de Ritu nupt.*

(2) Le sieur Martin avait été prêtre; son mariage, contracté en

« droit de les proposer; que par conséquent la Cour « royale de Paris, en déclarant ses héritiers colla- « téraux recevables à attaquer ledit mariage, sur « le fondement des nullités dont ils se prévalaient, « a violé l'article 184 du Code civil et commis un « excès de pouvoir, en créant au profit des collaté- « raux un droit qu'aucune loi ne leur conférait; « casse. » (Du 9 janvier 1821. Sirey, 1821, 1, 157.)

1816, a été attaqué pour cette cause et pour celle de démence; mais l'on voit que la Cour de cassation n'a pas voulu s'expliquer catégoriquement sur l'importante question de savoir si le mariage d'un prêtre est valable. Elle a jugé par forme de fin de non-recevoir, en se bornant à déclarer que les héritiers collatéraux n'avaient pas qualité pour demander la nullité. Sa décision, comme on le voit, embrasse même le cas de mort civile, car l'article 25 y est rappelé; et c'est ce que nous ne saurions admettre, attendu que, dans ce cas, il n'y a pas de mariage; il y a seulement la forme extérieure d'un mariage.

Mais, antérieurement à la Charte, la même Cour a reconnu plusieurs fois que le mariage d'un prêtre peut produire des effets civils : elle l'a ainsi jugé, le 3 floréal an XIII, à l'égard d'un mariage célébré en l'an II, c'est-à-dire sous l'empire de la loi de 1792. Même décision rendue le 22 janvier 1812 (Sirey, 12, 1, 161), relativement à un mariage aussi contracté en l'an II. Suivant l'arrêt, ce mariage a pu légitimer l'enfant que le prêtre avait eu en 1778, à une époque où il était dans l'incapacité absolue de se marier. Enfin, elle a aussi jugé qu'un prêtre non rentré en communion avec son évêque depuis le concordat de 1801 avait pu contracter mariage. L'arrêt est du 16 octobre 1809. Sirey, 1810, 1, 60.

Sur un rapport qui lui fut présenté à cet égard par le ministre de la justice, le 6 juillet 1805, le Chef du gouvernement s'exprimait ainsi : « S'il n'a pas été reconnu comme prêtre depuis le concordat, « il peut se marier, en s'exposant néanmoins au blâme, puisqu'il « manque aux engagemens qu'il avait contractés. » Et dans une lettre du ministre des cultes, du 9 février 1807, adressée à M. l'évêque de Bayeux, on lit : « Il était vraiment scandaleux de voir des prêtres « abdiquer leur état par un mariage que les canons de l'Église ne leur « permettent pas de contracter. J'en fis mon rapport à l'Empereur. Ce

35. Quant au prodigue, il n'est pas douteux qu'il ne puisse, même sans l'assistance du conseil qui lui a été donné, contracter valablement mariage. L'orateur (1) chargé de présenter le projet de loi relatif à *l'interdiction* l'a formellement déclaré. D'ailleurs, au nombre des actes pour lesquels l'article 513 exige l'assistance du conseil, on ne voit point figurer le mariage. En vain est-il défendu

---

« rapport fut communiqué au Grand Juge. Sa Majesté pensa que les « prêtres qui n'avaient pas repris leurs fonctions depuis le concordat « devaient être abandonnés à leur conscience; mais que pour l'hon« neur du sacerdoce, et même pour la sûreté des familles, il impor« tait d'empêcher le mariage de ceux qui ont repris leurs fonctions « ou qui ont été promus aux ordres depuis le concordat. »

Cette question s'étant présentée depuis, divers tribunaux de première instance ont jugé qu'un prêtre peut, en quittant l'état ecclésiastique, contracter mariage. Mais la Cour de Paris, dans l'affaire du sieur Dumonteil, a jugé le contraire, après partage d'opinions : elle a pensé que l'engagement dans les ordres sacrés est, aujourd'hui comme anciennement, un empêchement au mariage; qu'à cet égard, la Charte de 1830 n'a rien changé au droit préexistant résultant du concordat et de la loi organique de l'an x; qu'ainsi les prêtres catholiques sont incapables de contracter mariage, encore qu'ils aient déclaré renoncer au ministère ecclésiastique. *Voyez* l'arrêt du 14 janvier 1832, dans le recueil de Sirey, 1832, part. 2, pag. 65, où se trouvent tous les raisonnemens que l'on a fait valoir pour et contre.

Sur le pourvoi formé contre cette décision, est intervenu arrêt confirmatif, du 21 février 1833 : « Attendu qu'il résulte des ar« ticles 6 et 26 de la loi organique du concordat de germinal an x, « que les prêtres catholiques sont soumis aux canons qui alors étaient « reçus en France, et par conséquent à ceux qui prohibaient le ma« riage aux ecclésiastiques engagés dans les ordres sacrés;

« Attendu que le Code civil et la Charte ne renfermant aucune « dérogation à cette législation spéciale, l'arrêt attaqué, en interdi« sant le mariage dont il s'agit, n'a violé aucune loi, etc. Sirey, « 1833, 1, 168. »

(1) M. Emmery.

au prodigue, par cet article, d'hypothéquer ses biens sans être assisté; et vainement dirait-on qu'ils seront hypothéqués à la femme par le fait seul du mariage : ce n'est pas le prodigue qui donne l'hypothèque, c'est la loi qui l'établit, et elle n'a voulu interdire au prodigue non assisté que l'hypothèque conventionnelle.

36. On ne s'est pas expliqué sur le mariage que contracterait, pendant la durée de la peine, soit au moyen d'un changement de nom et de pièces fausses, soit de toute autre manière, un individu condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, qui parviendrait à s'évader; ce qui n'est pas sans exemple.

Nous croyons qu'il faut distinguer entre le cas où le conjoint ignorait l'état du condamné, et le cas contraire.

37. Dans la première hypothèse, le conjoint peut demander la nullité, 1° parce que, pendant la durée de la peine, le condamné était en état d'interdiction légale, aux termes de l'article 29 du Code pénal, et par conséquent qu'il n'a pu valablement contracter mariage; 2° parce que l'erreur dans laquelle est tombé le conjoint est d'une telle gravité, qu'elle vicie le consentement, ainsi que nous le démontrerons en parlant de l'erreur.

Dans le second cas, il serait non-recevable à invoquer la nullité, même en se fondant sur l'article 29 précité. Il a bravé la loi, et dès lors il ne

doit point s'en faire un appui pour faire annuler un contrat qu'il a volontairement formé. En principe, le mariage était nul; mais il ne peut faire valoir cette nullité. Ce n'est pas le seul cas où, en cette matière, le contrat, quoique formé au mépris du vœu de la loi, ne peut cependant être attaqué avec succès. Le cas jugé par la Cour de cassation, et que nous avons rapporté au nº 34, nous en offre un exemple. A plus forte raison dans celui-ci le condamné ne peut-il lui-même demander la nullité du mariage, surtout lorsque le conjoint était de bonne foi. Et nous ne pensons pas que ses héritiers fussent recevables à la demander; aucune disposition du Code ne leur en donnerait le droit.

38. Au reste, nous pensons que le conjoint seul, et non ses héritiers, aurait le droit de demander la nullité; que cette nullité se couvrirait par la ratification expresse ou tacite, et que la ratification tacite résulterait d'une cohabitation continue pendant six mois depuis la découverte de l'erreur. (Art. 180 et 1338.)

39. On a vu, par l'exposé des discussions préliminaires du Code sur l'article 146, que l'on ne voulait permettre le mariage aux sourds-muets de naissance qu'autant qu'il serait constaté, dans les formes prescrites par la loi, qu'ils sont capables de manifester leur volonté. C'était faire de leur incapacité une règle générale, et ne les admettre à la possibilité de se marier que par exception.

M. Portalis dit, au contraire, qu'il faudrait renverser la proposition, poser la règle générale que les sourds-muets sont capables de se marier, et convertir ensuite en exceptions les incapacités particulières; mais la discussion se termina par la suppression de l'article qui en faisait la matière, suppression fondée sur ce que, au moyen de la règle générale de la nécessité du consentement, il était sans inconvénient de se taire sur le mariage des sourds-muets, puisqu'ils sont capables de se marier sous la condition commune à tous, de donner leur consentement. On se réserva toutefois de décider, par une disposition particulière, comment ils devraient l'exprimer; mais cette disposition n'a pas été rédigée. On a laissé à la sagesse des tribunaux, comme le voulait la section de législation, l'appréciation des circonstances et des signes qui peuvent faire juger si le sourd-muet a consenti.

Selon la décision d'Innocent III, ceux qui sont sourds-muets peuvent se marier, si leur consentement peut être exprimé par des signes certains; mais comme il est extrêmement difficile de s'assurer de leur volonté, dont les signes peuvent être très équivoques, on ne doit célébrer leur mariage qu'après qu'ils ont donné des marques infaillibles qu'ils en connaissent la nature, l'objet et les engagemens.

§ II.

De la violence ou de la contrainte.

40. Si le défaut de raison vicie le consentement donné au mariage, la violence doit également le vicier : *Nihil consensui tam contrarium est quàm vis atque metus : quem comprobare, contrà bonos mores est.* L. 116, ff. *de Reg. jur.*

On ne peut pas dire néanmoins qu'il n'y a aucun consentement dans celui qui est donné par violence, puisque la partie a choisi entre le mal dont elle était menacée, ou qu'elle éprouvait déjà, et l'acte qu'on l'a obligée de souscrire. Elle a fait un exercice de sa volonté; et c'est probablement d'après ce principe, puisé dans les lois romaines (1), que l'article 1117 porte que la convention contractée par violence n'est pas nulle de plein droit; qu'elle donne simplement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas déterminés par la loi : et, en effet, *ex duobus malis minimum elegi.* D'ailleurs, les conventions ne devaient être annulées pour cause de violence qu'autant qu'il serait démontré que la violence avait réellement été la cause de leur formation, et pour cela, une instruction était nécessaire.

41. La violence peut s'exercer de deux manières;

---

(1) L. 21, § 5, ff. QUOD METUS CAUSA : *Quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Pretorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

en d'autres termes, il est deux sortes de violence : la violence réelle ou physique, et la violence morale ou conditionnelle. La première a lieu, par exemple, dans le cas d'un rapt exécuté à force ouverte par un individu qui veut épouser une personne malgré elle, ou dans celui d'un enlèvement exécuté par des parens qui veulent forcer un enfant à un mariage auquel il ne veut pas consentir. Si la violence continue d'exister au moment de la célébration devant l'officier de l'état civil, qui est lui-même complice ou violenté, il est évident que le consentement donné par la personne n'est qu'apparent, et qu'il sera facile de le faire rescinder, en agissant dans les délais fixés par la loi.

42. Nous ne croyons pas, au surplus, que l'on doive considérer le consentement, tout vicieux qu'il est, comme n'existant pas du tout, comme absolument nul de plein droit. S'il en était ainsi, il ne devrait pas être nécessaire de demander la nullité du mariage dans le délai fixé par l'article 180; il en devrait être de ce cas comme de celui d'un prétendu consentement exprimé dans un acte faux; et cependant tout porte à croire, d'après les articles 180 et 1117, que la nullité doit être demandée, à peine de déchéance, dans le délai fixé par le premier de ces articles.

43. La seconde espèce de violence est celle qui agit sur l'esprit, quoique le corps soit libre. C'est une contrainte qui peut provenir de mauvais trai-

temens, de menaces antérieures à la célébration du mariage, et dont l'effet subsiste encore à cette époque. La crainte que cette violence inspire à la personne peut être telle, qu'elle la détermine à donner un consentement libre en apparence devant l'officier de l'état civil.

Dans ce cas, plus particulièrement que dans le précédent, il y a consentement, il y a volonté réfléchie, puisque, entre deux choses qui lui répugnent, la personne choisit celle qui lui répugne le moins, et fait en cela un acte de sa volonté. Mais comme ce n'est qu'un consentement imparfait, vicieux, l'annulation en pourra être demandée.

C'est principalement cette espèce de violence que définit l'article 1112, en disant: « Il y a violence, « lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une « personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer « la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à « un mal considérable et présent. »

44. Il faut que la crainte inspirée à la personne qui contracte soit grave : *Si talis metus inveniatur illatus qui potuit cadere in constantem virum.*

45. Mais, en cette matière, on a égard à l'âge, au sexe, et même à la condition des personnes, attendu qu'une menace capable de faire impression sur telle personne n'en ferait aucune, ou du moins qu'une très faible, sur une autre. (Même art. 1112.)

46. Il faut aussi, comme nous l'apprend la loi 9,

ff. *Quod metûs causâ*, dont le principe est adopté par notre article 1112, que la crainte soit actuelle: *Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus.*

On n'entend pas dire par là qu'il faut, pour qu'il y ait violence capable de vicier le consentement, que le mal soit présent et doive suivre immédiatement le refus de consentir; on veut dire qu'il faut du moins que la crainte du mal dont on est menacé existe déjà dans la personne, parce que l'effet doit suivre la menace à une époque plus ou moins éloignée. L'appréciation des caractères de cette violence serait nécessairement dans le domaine des tribunaux, qui prendraient en considération les circonstances dans lesquelles se trouvait placée la personne qui se plaint de la violence, la gravité des menaces, et les moyens qu'elle avait d'en prévenir les effets.

47. D'après ces principes, la crainte révérentielle, telle que celle de déplaire à un père, alors même que l'emportement de son caractère serait bien connu, ne suffirait pas pour faire annuler le mariage, s'il n'y avait point eu de violence exercée. (Art. 1114.)

Et même des menaces vagues, comme celles qu'un père ferait à sa fille de lui retirer à jamais son affection, de la priver de sa succession, ne suffiraient pas non plus pour faire annuler le mariage. L'expérience de tous les jours n'apprend que

trop que beaucoup d'unions n'ont pas pour mobile dans chacun des époux le désir bien vif de s'unir l'un à l'autre : ces répugnances, plus ou moins fortes, vaincues par des considérations particulières, plutôt que dominées par une crainte réelle, ne sauraient, sans jeter les plus grands désordres dans la société, motiver des demandes en nullité de mariage.

48. Mais, dans le cas où la violence a un caractère assez grave pour vicier le consentement, il est indifférent qu'elle ait été exercée par le conjoint ou par un autre : l'article 1111 porte positivement que la violence donne lieu à l'annulation du contrat, encore qu'elle ait été exercée par un tiers; et il ne suppose pas que la partie en ait été complice. Bien mieux, en donnant à chacun des époux l'action en nullité pour cause de violence, l'article 180 suppose, par cela même, que tous deux ont pu être contraints : or, ils n'ont pu l'être que par des tiers, probablement par les parens de chaque côté, agissant de concert pour contraindre leurs enfans à un mariage que ni l'un ni l'autre ne voulaient contracter.

49. Il y aurait également lieu à la nullité si la violence avait été exercée sur le père, la mère ou un autre ascendant de l'époux, ou sur son descendant. L'application de ce principe, établi par l'article 1113 pour les contrats en général, ne saurait être récusée en matière de mariage. Dans la crainte

que l'existence de son père ne fût compromise par un refus, une personne, dans beaucoup de cas, consentirait avec plus de facilité à un mariage qui lui répugnerait, que si sa propre vie était menacée.

50. Pothier dit, au n° 316 de son *Traité du Mariage*, que si un homme qui a abusé d'une jeune fille s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle a obtenu contre lui, et qu'elle était prête à mettre à exécution, le mariage sera valable, et que cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence; car le décret de prise de corps obtenu contre lui était une voie de droit, et non une violence *adversùs bonos mores*.

51. Mais d'autres auteurs prétendent que le mariage contracté par crainte ne serait pas moins nul, quand même l'époux violenté aurait, par sa conduite, occasioné la violence qu'il a éprouvée; par exemple, si un homme surpris avec une personne qu'il a déshonorée, était, par violence et par menaces, forcé de l'épouser.

Ces deux décisions paraissent contraires; cependant elles peuvent se concilier, en supposant que Pothier a entendu restreindre la sienne au seul cas où l'individu n'a agi que par la crainte de voir mettre le décret de prise de corps à exécution, et en appliquant l'autre décision au cas où la crainte aurait été inspirée par tout autre moyen.

Ainsi, en admettant que, dans la crainte que la fille enlevée ou sa famille ne portât plainte, le ra-

visseur épousât la fille, nous pensons, comme Pothier, qu'il ne pourrait ensuite demander la nullité du mariage pour cause de violence. Il n'a fait que réparer le tort qu'il a causé : en le menaçant de la plainte, la fille ou sa famille n'a point exercé une violence *adversùs bonos mores.* La loi 21, ff. *Quod metûs causâ*, nous offre l'exemple d'un cas qui a beaucoup d'analogie avec celui que nous discutons, et elle consacre un principe qui paraît devoir lui être applicable. Cette loi est ainsi conçue : *Si mulier contrà patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cùm de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa intulit.*

On peut dire également du ravisseur qui a consenti au mariage pour éviter l'effet de la plainte, ce que le jurisconsulte dit de la femme affranchie, coupable d'ingratitude, et qui a voulu éviter de retomber dans la servitude : *ipse metum sibi intulit.*

A plus forte raison la même décision doit-elle avoir lieu s'il n'y a eu qu'une simple séduction, sans enlèvement ni déplacement de la fille, même mineure, puisque, dans la législation actuelle, aucune peine n'étant portée contre le séducteur, celui-ci ne pourrait alléguer que c'est par crainte des suites que pouvait avoir son action qu'il a consenti au mariage.

Mais, dans les deux cas, nous pensons que, si l'on avait employé contre lui des violences et des

menaces particulières, et sans lesquelles évidemment il n'eût pas donné son consentement, le mariage pourrait être annulé (1).

Cela nous amène à expliquer quel est aujourd'hui l'effet du vice de rapt.

52. Anciennement on en distinguait de deux sortes : le rapt de violence et le rapt de séduction.

Le rapt de violence est l'enlèvement par force d'une personne du sexe. C'est le fait qui caractérise au plus haut degré la violence. Justinien avait déclaré (2) qu'il formerait un empêchement de mariage perpétuel et absolu entre le ravisseur et la personne ravie, quand même celle-ci, placée hors de sa puissance, consentirait librement à l'épouser.

Le pape Innocent III avait modifié la rigueur de ces dispositions, en autorisant le mariage avec le ravisseur, si la personne ravie y donnait un libre consentement.

Mais pour que l'on fût plus certain de la liberté de ce consentement, le concile de Trente décida que

(1) Dans l'ancienne jurisprudence, on a plus d'une fois annulé de pareils mariages, en condamnant néanmoins le coupable aux dommages-intérêts envers la personne ravie. Mais comme alors le rapt de séduction était puni avec sévérité, les tribunaux pouvaient facilement voir l'effet d'une crainte grave dans le consentement donné par le ravisseur : aussi les décisions rendues dans l'ancien Droit ne sont pas d'un très grand poids aujourd'hui relativement à la question ; mais le principe n'en demeure pas moins vrai.

(2) Par la loi unique au Code, *de Rapt. virg.*, qui porte : *Ne sit facultas raptæ virgini vel viduæ, raptorem ut suum sibi maritum exposcere....* NULLO MODO, *nullo tempore datur licentia.*

Les Capitulaires de Charlemagne portaient la même défense.

le mariage ne pourrait être valablement contracté qu'après que la personne ravie aurait été mise hors de la puissance du ravisseur : *à raptore separata et in loco tuto constituta.*

53. Cette législation est abrogée. Le rapt, non plus que toute autre contrainte, ne donne lieu qu'à une action en nullité au profit de la personne violentée (1); et encore faut-il pour cela que la violence ait été exercée lors de la célébration ; car si la personne ravie avait recouvré sa liberté et donné un consentement exempt de contrainte, le mariage serait inattaquable, malgré la violence précédemment exercée : en sorte que l'on doit plutôt considérer la violence au moment de la célébration,

---

(1) D'après les ordonnaces, le crime de rapt avec violence était puni de la peine de mort. *Voyez* Rousseau de Lacombe, *Jurisprudence canonique*, V° *Rapt.*

Aujourd'hui ce fait, dégagé de tout attentat à la pudeur, n'est réputé crime que lorsqu'il a été commis sur une personne mineure ; et il n'est même qu'un simple délit, si le ravisseur n'avait pas encore vingt et un ans. *Voyez*, pour la gradation des peines, les articles 354 à 357 du Code pénal.

M. Toullier dit, au tome Ier de son ouvrage, pag. 431, que le Code pénal actuel ne prononce pas de peine contre le rapt de violence, lorsqu'il n'a été commis que pour épouser la personne ravie. Nous croyons que c'est une proposition inexacte. L'article 357 dit seulement que le ravisseur qui a épousé la fille ravie ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, peuvent demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que cette nullité aura été prononcée. Il peut donc être poursuivi et condamné sur la plainte de ces personnes.

Le rapt pourrait d'ailleurs n'avoir été commis que pour épouser la personne ravie, et le mariage cependant n'avoir pas eu lieu ; auquel cas, si cette personne était mineure, l'action du ministère public ne serait point enchaînée.

que le rapt en lui-même. Mais si la violence a été continuée jusqu'à cette époque, la distinction que fait la loi pénale entre l'enlèvement des mineurs et des majeurs n'est d'aucune application quant à la nullité du mariage.

54. Le rapt de séduction, que l'ancienne jurisprudence punissait aussi de mort (1), s'exerçait à l'égard d'une personne mineure de l'un ou l'autre sexe; il était considéré comme commis aussi contre la famille de la personne séduite: on l'appelait, pour cela, *raptus in parentes*. Il n'est point aujourd'hui une cause d'annulation du mariage. La loi a suffisamment pourvu à l'intérêt de la famille, en lui donnant l'action en nullité pour défaut de consentement. (Art. 182.)

§ III.

De l'Erreur.

55. S'il est un vice qui infecte le consentement

---

(1) La déclaration de 1730, en prononçant la peine de mort contre ceux et celles qui seraient convaincus du crime de rapt de séduction, défendait néanmoins d'ordonner l'exécution de cette peine, s'ils aimaient mieux épouser la personne ravie.

Le Code pénal ne punit ce fait d'aucune peine lorsque la personne mineure n'a été ni enlevée ni détournée des lieux où elle était placée, et qu'il n'y a pas eu outrage public à la pudeur. C'est une lacune dans la loi; on peut s'en convaincre par le rapprochement des articles 330 à 334, et 354 à 357 du Code pénal; et nous avons été témoin de l'*absolution* d'un individu déclaré par le jury coupable d'avoir consommé un attentat à la pudeur sur la personne d'une jeune fille de six ans, dans un lieu secret, mais *sans violence*. Une telle action ne devait pas rester impunie. Il nous semble d'ailleurs qu'il y a toujours violence dans un tel cas.

et en détruise l'essence, c'est l'erreur, puisqu'elle n'offre qu'un vain simulacre au lieu de la réalité; et si, dans tous les contrats, elle est une cause de nullité, ce n'est pas dans l'acte le plus important de la vie qu'elle peut être respectée comme la vérité même.

Cependant, à raison de l'importance du mariage, de l'influence qu'il exerce sur la société entière, la loi a dû le protéger de toute sa puissance, et n'en permettre l'annulation, sur le fondement de l'erreur, que dans les cas seulement où il n'est qu'une pure fiction, revêtue, il est vrai, de formes semblables à celles qui environnent un mariage créé par un concours de volontés réelles, mais une fiction dépouillée de ce qui constitue l'essence de tout contrat quelconque, le consentement des contractans sur l'objet principal du contrat. Comment, en effet, le mariage eût-il été à l'abri de l'inconstance des désirs et de la licence des passions, s'il eût été permis de se plaindre de l'erreur dans laquelle on prétendrait être tombé relativement aux qualités de l'individu auquel on s'est uni; d'alléguer, à cet égard, l'aveuglement, les méprises, les séductions? Le plus grand nombre des mariages n'auraient point eu sans doute à subir une telle atteinte; mais, sans juger l'humanité avec trop de rigueur, on peut dire que beaucoup d'unions en auraient été compromises. La loi n'a donc dû avoir égard qu'à cette erreur qui tombe sur la substance même du contrat, sur la chose qui en est l'objet principal,

c'est-à-dire sur la personne. Les qualités réelles ou supposées de cette personne influent, il est vrai, presque toujours sur le choix que l'on fait d'elle; mais ces qualités ne sont point la personne elle-même; leur valeur est plus ou moins arbitraire : elle est souvent en raison de l'estime qu'y attache l'autre partie, et cette valeur varie aussi selon les lieux, les temps et les circonstances.

56. D'après ces principes, que l'on a toujours regardés comme incontestables, et hors desquels le mariage ne serait, dans beaucoup de cas, qu'un vain mot, l'erreur sur les qualités morales de la personne, c'est-à-dire sur ses mœurs, son caractère, ses inclinations, ses talens, ne saurait vicier le mariage.

57. Il en est de même, et à plus forte raison, de l'erreur qui ne tombe que sur les avantages que donne le hasard, comme la naissance, les richesses, ou qui dépendent de l'opinion, comme le rang dans la société, la considération : quel que soit le prix que les hommes attachent à ces qualités accidentelles, elles ne sont point l'objet principal du mariage, elles ne sont point la personne elle-même; et l'on a toujours regardé le mariage comme inattaquable, quoiqu'on eût épousé une fille pauvre que l'on croyait riche, une roturière que l'on croyait noble, une veuve pour une fille, parce que le consentement au mariage a son principe dans un sentiment d'affection pour l'objet auquel on veut unir

son sort; cet objet, c'est l'être que l'on connaît, que l'on voit, et non un être moral et supposé: aussi l'art. 180 n'ouvre-t-il l'action en nullité qu'autant que l'erreur tombe sur la personne elle-même.

58. L'erreur qui ne tomberait que sur les qualités de famille, sur la légitimité : par exemple, n'annulerait pas non plus le mariage; ce serait, disait-on au Conseil d'État, dégrader la nature humaine, que de donner la préférence à ces qualités sur les qualités naturelles. Dans l'ordre des idées sociales, les qualités civiles ont sans doute leur prix; mais il est quelque chose de plus réel, comme la pureté des mœurs, l'amour du travail, la douceur du caractère; et celui qui les trouve dans l'être auquel il a uni son sort est pleinement dédommagé de s'être mépris sur de simples accessoires. Ainsi, croyant épouser une fille légitime en m'unissant à Sophie, je n'épouse réellement qu'une fille naturelle, parce qu'un jugement intervenu depuis le mariage enlève à Sophie son état: je ne pourrai pour cela demander la nullité du mariage, si Sophie est bien la personne que je voulais épouser, si c'est bien avec elle que j'ai arrêté mon mariage, si aucune autre femme n'a été substituée à celle dont j'avais fait choix. On est généralement d'accord sur ce point.

59. La même décision a lieu pour le cas où une femme française épouse un étranger, le croyant Français, et perd ainsi sa qualité de Française

(art. 19). Cette perte ne suffit point pour l'autoriser à demander la nullité du mariage, non-seulement parce que le mariage entre Français et étranger est valable, mais aussi parce que l'erreur ne tombe ici que sur la qualité de la personne, et non sur la personne elle-même.

60. Suivant Pothier (1), l'erreur sur les qualités dont nous venons de parler, et même sur de plus importantes encore, n'est point une cause de nullité, lors même qu'elle n'aurait été que le résultat des manœuvres frauduleuses de l'autre partie. En vain l'époux trompé alléguerait-il que, sans ces manœuvres, pratiquées pour le circonvenir et lui faire croire à l'existence de qualités chimériques, il n'eût point formé le lien dont il demande la dissolution; que s'il l'a formé, c'était dans la supposition de l'existence de ces qualités, et que, dès qu'elles n'existent pas, la condition résolutoire sous-entendue s'est accomplie, et doit opérer la nullité du mariage : ce langage, vrai peut-être dans certains cas, mais pouvant être mensonger dans mille autres, ne serait pas écouté, parce que généralement le dol n'est pas par lui-même une cause de nullité du mariage. Des considérations d'un ordre supérieur, et puisées dans l'importance de ce contrat, ont dû faire repousser des demandes en nullité fondées sur des causes incertaines.

(1) Numéro 310 et suivans de son *Traité du Mariage.*

de leur nature, et elles ont dû créer la présomption légale que les parties n'ont point entendu faire dépendre la validité de leur mariage de la réalité des qualités morales ou civiles qu'elles se supposaient réciproquement.

61. Néanmoins, comme l'erreur en matière de mariage peut tomber sur des qualités civiles tellement importantes, qu'il est naturel de croire que l'époux trompé n'aurait point donné son consentement s'il eût mieux connu la condition de l'autre, et qu'elle peut tomber aussi sur la personne civile, plus facilement encore que sur l'être physique, il convient de bien voir dans quel esprit a été discuté l'article 146, relativement à l'erreur. Ce n'est pas toutefois que nous pensions que les difficultés qui peuvent s'élever à cet égard seront aplanies par la connaissance de la discussion qui a eu lieu, car on n'a rien arrêté de positif sur ce point important; mais du moins on pourra voir ce que plusieurs des orateurs entendaient par l'erreur susceptible de vicier le mariage.

La commission à laquelle avait été confiée la rédaction du projet de loi avait proposé un article portant que « le mariage n'est pas valable, s'il y a « erreur dans la personne que l'une des parties avait « l'intention d'épouser. »

La Cour de cassation, dans ses observations sur le projet, avait demandé qu'aux mots *erreur dans la personne* on substituât ceux-ci : *erreur sur l'in-*

dividu. L'on voit que si ce changement eût été adopté, les doutes sur ce qu'on doit entendre par erreur *dans la personne* eussent été levés en très grande partie, puisque, dès qu'il y aurait eu consentement sur l'être physique, le mariage eût paru inattaquable.

Mais la section dé législation du Conseil d'État proposa un article dont la rédaction offrait la même ambiguité que celui de la commission : « Il « n'y a pas de mariage, portait cet article, lorsqu'il « n'y a pas de consentement ; il n'y a pas de con- « sentement lorsqu'il y a violence ou erreur sur *la* « *personne.* »

Et sur cette proposition, les avis se partagèrent, dit M. Merlin, dans son *Répertoire*, au mot *Empêchemens* : les uns voulaient que l'erreur sur la *personne civile* viciât le mariage dans tous les cas; les autres soutenaient que le mariage auquel aurait donné lieu une erreur de cette nature ne devait être annulé que dans le cas où la personne sur qui cette erreur serait tombée en aurait été complice.

Tous convenaient du moins, dit encore M. Merlin, que dans ce dernier cas la nullité du mariage devait être prononcée.

Cependant l'article proposé par la section de législation a été réduit à la première partie, qui porte simplement, *qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.*

Le Tribunat paraît avoir inféré de ce retranchement que les tribunaux pourraient juger la ques-

tion suivant les circonstances. « Pour régler le cas « où il y a erreur sur la personne, disait l'orateur « du Tribunat au Corps législatif, on a demandé « s'il fallait s'attacher aux qualités morales (c'est « sans doute qualités *civiles* que l'orateur a voulu « dire). Dans tous les cas, les décisions de la jus-« tice dépendent nécessairement des faits particu-« liers à chaque espèce. Le plus grand acte de sa-« gesse du législateur est de s'en remettre à celle « des tribunaux (1). Point de consentement, ou de « consentement parfaitement libre, point de ma-« riage. Ce fanal dirigera bien plus sûrement les « juges que des idées métaphysiques ou complexes, « qui pourraient ne faire que les embarrasser ou les « égarer. »

Mais, d'un autre côté, M. Portalis, portant la parole au nom du gouvernement au Corps législatif, avait présenté l'article 146 dans un sens absolument conforme à celui dans lequel la Cour de cassation avait désiré qu'il fût rédigé. « L'erreur en « matière de mariage, disait-il, ne s'entend pas d'une « simple erreur sur les qualités, la fortune ou la con-« dition de la personne à laquelle on s'unit, mais « d'une erreur qui aurait pour objet la *personne* « *même*. Mon intention déclarée était d'épouser une « telle personne; on me trompe ou je suis trompé

(1) Nous ne pensons pas ainsi, surtout dans une pareille matière : moins il y a de cas laissés au pouvoir discretionnaire du juge, plus la loi est parfaite. C'est un principe que Bacon a pour ainsi dire rendu populaire, par la force avec laquelle il l'a exposé.

« par un concours de circonstances, et j'en épouse « une autre qui lui est substituée à mon insu et « contre mon gré : le mariage est nul. »

M. Malleville, qui a été membre de la commission chargée de la rédaction du projet du Code civil, et qui, à ce titre, a assisté à toutes les séances du Conseil d'État, a donné à l'article 146 la même interprétation; voici comment il s'explique dans son *Analyse raisonnée*, sur l'article 180 : « Quant « à l'erreur, suivant le Droit romain et canonique, « elle ne rendait le mariage nul que lorsqu'elle « tombait sur la personne même. Si, par exemple, « on m'a fait épouser par surprise Marie, tandis « que je croyais épouser Jeanne, ce qui pourrait « arriver dans le cas où, sous un voile, on condui- « rait à l'autel ou devant l'officier public l'une pour « l'autre, le mariage est radicalement nul. Mais l'er- « reur dans la fortune, dans la vertu et dans les « autres qualités de la personne ne vicie point le « mariage. Ainsi, tant pis pour moi si j'épouse une « fille sans biens, sans naissance et sans honnêteté, « croyant épouser une personne riche, vertueuse « et d'une naissance illustre. On exceptait cepen- « dant le cas où j'aurais épousé une esclave, croyant « qu'elle était libre. Les lois s'arrêtaient après ces « principes généraux, qu'on peut voir particulière- « ment dans d'Héricourt. On voulut aller plus loin, « et distinguer l'identité morale de l'identité phy- « sique. On dit que, dans l'état de nature, l'identité « physique faisait tout, mais que, dans l'ordre so-

« cial, il y avait d'autres qualités qui personnali-« saient l'individu. Si, croyant épouser la fille d'un « magistrat, d'un géneral, j'épouse celle d'un homme « sans nom, peut-on soutenir qu'il n'y a pas eu er-« reur dans la personne? Cependant, dans ce cas-là « même, on voulait distinguer l'erreur occasionée « par le dol de la personne épousée, d'avec celle « qui provenait du dol d'un tiers; et ce n'était que « dans ce dernier cas qu'on prétendait faire annu-« ler le mariage. Mais, après bien des élucubrations, « on convint de ne pas entrer dans ces détails, *et les « choses en sont restées sur le pied des lois anciennes.* »

62. Ce passage fait vivement sentir combien il eût été à désirer que le législateur se fût expliqué à cet égard. Quel est, en effet, le jurisconsulte qui pourrait se flatter d'avoir démêlé, au travers de ces contradictions et de ces opinions diverses, la véritable pensée de la loi sur un objet aussi important?...

Si, d'après ce que nous apprend M. Malleville, les choses, dans l'esprit de la discussion élevée à ce sujet, en sont restées sur le pied des lois anciennes, il faut donc regarder comme valable le mariage contracté par erreur avec un forçat libéré (1); car Pothier cite plusieurs décisions qui ont maintenu des mariages contractés par erreur avec des individus condamnés aux galères à perpétuité, qui s'é-

(1) *Voyez*, pour le cas où le mariage aurait été contracté pendant la durée de la peine, pendant l'interdiction légale, ce qui a été dit au n° 36 et suivans.

taient évadés, ou avec des condamnés au bannissement perpétuel. Assurément le mariage d'un condamné aux travaux forcés à perpétuité serait nul aujourd'hui, puisque le mort civilement ne peut contracter un mariage qui produise des effets civils (art. 25); mais si l'on appliquait les principes de l'ancienne jurisprudence, celui d'un forçat libéré serait valable. Cependant ne doit-on pas plutôt, dans l'esprit du Code, regarder ce mariage comme nul, puisque la condamnation de l'un des époux à une peine infamante est pour l'autre une cause de divorce (art. 232)? Et, en effet, si la loi n'a pas voulu contraindre l'un des époux à vivre avec un infâme, elle semble, par cela même, autoriser la demande en nullité pour cette cause, quand elle était ignorée de l'autre époux. Dira-t-on que l'article 232 suppose que la condamnation est postérieure au mariage, et, dès lors, que le fait qui l'a entraînée étant une violation des conditions nécessairement sous-entendues dans le contrat, de vivre avec honneur, la loi a bien pu autoriser la demande en divorce fondée sur ce fait, sans qu'on doive en conclure qu'elle ait voulu l'autoriser également quand le fait, comme dans l'espèce, est antérieur au mariage? Mais on pourrait répondre, ce nous semble, que la raison principale qui a dicté la disposition de l'article 232 est fondée sur l'injustice qu'il y aurait de forcer une personne à vivre en mariage avec un infâme, et de donner ainsi le jour à des enfans qui auraient à souffrir, dans l'ordre des

idées sociales, ou, si l'on veut, des préjugés, d'une faute qui n'est pas la leur : or, cette situation de l'époux innocent est la même, soit que le conjoint ait encouru l'infamie avant le mariage, soit qu'il ne l'ait encourue que depuis. Celui qui l'a trompé doit être encore à ses yeux moins digne d'indulgence que dans le second cas (1). A la vérité, le divorce est aboli, et il ne pourrait y avoir lieu qu'à la séparation de corps; mais cela est indifférent quant à la question, puisqu'il s'agit de connaître quelle a pu être la pensée du législateur sur une erreur de cette nature; en sorte que, s'il est vrai qu'il ait entendu autoriser la demande en divorce dans le cas dont il s'agit, il est permis de croire qu'il a voulu, par la même raison, autoriser la demande en nullité du mariage; et tel est notre sentiment. Mais comme le fondement de la demande en nullité serait l'erreur, l'action, pour être recevable, devrait être exercée dans le même délai qu'elle doit l'être quand l'erreur tombe sur la personne physique. En conséquence, elle serait non-recevable après six mois de cohabitation continue depuis que l'époux trompé aurait eu connaissance de l'état du conjoint; ce délai passé, il y aurait renonciation au droit de demander la nullité pour cette cause, en un mot, ratification. (Art. 181.)

63. On peut ajouter, à l'appui de notre décision

(1) *Voyez*, au surplus, *infrà*, n° 562, où ce point est discuté avec étendue, relativement à la séparation de corps.

sur la question de nullité, que, si l'on restreint la règle sur l'erreur au seul cas où il y a eu substitution d'une personne à une autre, elle ne présentera, pour ainsi dire, qu'une pure abstraction, attendu qu'au moyen de la publicité dont est environné le mariage, il est presque impossible que cette substitution puisse avoir lieu. Que l'on suppose, en effet, que, par un concours de circonstances et de manœuvres, un individu soit trompé au point de croire que la personne qu'il a sous les yeux, en présence de l'officier de l'état civil et des quatre témoins, est celle avec laquelle il a arrêté son mariage, et qui usurpe cependant la place d'une autre; la fraude a besoin d'aller plus loin encore pour réussir : l'officier de l'état civil doit donner aux parties lecture des pièces relatives à leur état; il reçoit de l'une après l'autre la déclaration de se prendre pour mari et femme; l'acte est signé d'elles, ou contient leur déclaration qu'elles ne savent ou ne peuvent signer : si donc la personne substituée répond à des noms qui ne sont pas les siens, si elle signe l'acte de mariage d'un nom emprunté, il y a faux caractérisé avec toutes ses conséquences. Ces manœuvres ne pourraient d'ailleurs guère réussir qu'autant que l'officier de l'état civil qui, dans les campagnes, connaît généralement les parties, et les témoins eux-mêmes, qui sont ordinairement pris parmi les parens, seraient tous complices de la fraude. Mais quelle involution de suppositions! quel concours

de faits extraordinaires et invraisemblables! Aussi plusieurs jurisconsultes qui ont écrit sur le Code pensent-ils que la règle sur l'erreur ne saurait raisonnablement être restreinte au seul cas de supposition d'une personne à une autre, au moment de la célébration du mariage. Ils citent à l'appui de leur sentiment la disposition de l'article 180, qui accorde, pour demander la nullité; le délai de six mois d'habitation continue *depuis* que l'erreur a été reconnue : d'où ils concluent que la loi suppose qu'elle ne le sera qu'après un temps plus ou moins long, et non immédiatement après la célébration, puisque, dans cette hypothèse, le délai aurait dû naturellement courir du jour où elle a eu lieu : or, cette supposition est, pour ainsi dire, exclusive du cas où l'erreur tomberait sur la personne physique; attendu qu'il ne faudrait qu'un instant pour la faire cesser.

64. Mais, pour étendre la règle à d'autres cas qu'à celui où l'erreur tombe sur l'individu, sur l'être physique, on dit que celle qui tombe sur le nom et la famille peut quelquefois dégénérer en erreur sur la personne, ou plutôt renfermer l'erreur sur la personne; ce qui ne peut toutefois guère arriver qu'à l'égard d'une personne inconnue à l'autre avant le temps de la célébration du mariage : par exemple, dit-on, un prince demande en mariage la fille aînée d'un prince voisin, héritière de la principauté de

son père; on lui envoie la cadette, qu'il épouse croyant épouser l'aînée. On dit (1) qu'il y a erreur sur la personne aussi bien dans ce cas que dans celui où l'on a substitué Jeanne à Marie, parce qu'il est moralement certain que le prince ne voulait épouser que l'aînée, héritière de la principauté de son père; que cette considération a déterminé son choix.

Pour être conséquent, il faudrait aussi décider que si un pair de France, qui a promis d'unir son fils aîné, héritier de la pairie (2), à la fille d'un ami qui demeure au loin, lui envoie son autre fils, qui dissimule sa qualite de puîné, le mariage contracté par celui-ci sera nul : car c'est l'héritier de la pairie que la fille et sa famille ont voulu agréer. Il faudrait décider la même chose dans le cas où le droit d'aînesse se bornerait même à un simple majorat, et ainsi de suite. Mais ici y a-t-il bien erreur *dans la personne?* Cette personne n'a-t-elle pas été vue avant et pendant la célébration? n'est-ce pas elle qui a été agréée avant de se présenter à l'officier de l'état civil, et n'est-ce pas elle

---

(1) M. Toullier. M. Delvincourt dit aussi que le mariage contracté par erreur tombant sur d'autres points que la personne réelle, pourra être annulé dans le cas où l'erreur sur la qualité emporterait erreur sur la personne : par exemple, dit-il, si, voulant épouser la fille de tel individu que je ne connais pas, on me fait épouser une autre femme que l'on dit être sa fille.

(2) On sent que l'hérédité de la pairie étant abolie (par la loi du 29 décembre 1831), notre exemple n'a plus d'application; mais comme ce n'est qu'un simple argument, nous n'avons pas cru devoir le supprimer.

qui a été agréée devant lui? Elle n'aurait point été acceptée si sa condition eût été mieux connue, soit; mais l'erreur dans laquelle l'autre partie est tombée à cet égard, et qui excite ses regrets, paraît n'être qu'une erreur sur la *qualité* de la personne, erreur malheureusement trop commune en matière de mariage. Elle est moins grave que celle que je commets en épousant une fille naturelle, sans parens connus, croyant épouser une fille légitime, cas dans lequel néanmoins on convient généralement (et l'auteur sur l'opinion duquel nous élevons des doutes en convient lui-même) que le mariage n'est pas nul, attendu que c'est bien cette personne que j'ai voulu épouser. Or, ne peut-on pas dire la même chose dans les deux cas? D'après ce qu'a dit M. Portalis au Corps législatif, et ce qu'a écrit M. Malleville, il serait en effet permis de croire que, pas plus dans l'un que dans l'autre, il n'y a cette erreur *dans la personne,* qui, suivant eux, est la seule qui vicie le mariage; et comme ici l'erreur ne tombe que sur une qualité peu importante, puisqu'il ne s'agit pas, comme dans l'espèce précédente, du déshonneur, de l'infamie de la personne, nous serions porté à croire qu'il n'y a pas nullité dans ce cas.

65. Quant à ce que l'un des époux a trompé l'autre, cette circonstance ne donnant pas à l'erreur le caractère de gravité voulu par la loi pour constituer l'erreur sur la personne, on pourrait dire aussi avec

Pothier, n[os] 310 et suivans (1), qu'elle ne vicie pas le mariage.

66. La Cour de Colmar a décidé, le 6 septembre 1811 (2), que l'erreur d'une femme catholique qui avait épousé de bonne foi un moine profès était suffisante pour faire annuler le mariage. On a pensé que la loi n'avait pu vouloir forcer une personne à faire violence à sa conscience, qui, d'après ses principes religieux, lui reprocherait sans cesse de commettre un adultère continuel, en vivant en mariage avec un individu engagé dans les ordres sacrés.

67. L'impuissance dans l'un et l'autre sexe était autrefois un empêchement au mariage, et en opérait la nullité, parce que la procréation des enfans est considérée comme sa fin principale. Ainsi, c'était moins pour cause d'erreur que pour incapacité, que le mariage pouvait être attaqué pour cause d'impuissance.

68. Mais le Code garde à cet égard un silence absolu. Serait-ce parce que nos mœurs répugnent à la preuve, toujours difficile, toujours indécente, et ra-

---

(1) MM. Portalis et Malleville ne considèrent non plus que l'erreur; et nulle part, au titre *du Mariage*, il n'est fait mention du dol : il n'est parlé que de l'erreur ou de la violence, comme pouvant vicier le consentement. Mais il est vrai de dire que, dans la discussion au Conseil d'État, on a généralement considéré le dol de l'une des parties comme pouvant donner à l'erreur dans laquelle est tombée l'autre un caractère de gravité plus prononcé, et par conséquent susceptible de donner plus de poids à la demande en nullité.

(2) Sirey, 1812, 2, 89.

rement sûre, d'une infirmité enveloppée des mystères de la nature? On doit le penser quant à l'impuissance naturelle; et telle est la raison qui a fait proscrire toute demande en désaveu de paternité fondée sur cette cause. (Art. 313.)

69. Mais l'impuissance accidentelle s'annonce par des signes extérieurs et moins équivoques; sa preuve ne blesse pas non plus les mœurs, comme celle de l'impuissance naturelle, du moins généralement. C'est pour cela que la loi permet d'alléguer cette sorte d'impuissance pour prouver que l'enfant n'est pas né du mari de la mère, et en conséquence pour autoriser celui-ci à le désavouer. Ainsi, dans le cas où l'individu aurait été privé, avant son mariage (1), soit par une opération de l'art, soit par un accident quelconque, des organes nécessaires à la consommation du mariage, et aurait induit en erreur la personne qui croyait en faire son époux, on est généralement (2) d'accord que le mariage peut être attaqué par l'époux trompé, attendu qu'il n'y a point de consentement lorsqu'il y a erreur sur une qualité de cette nature.

---

(1) Nous disons *avant son mariage*, car un événement postérieur ne saurait vicier un mariage valable dans son principe. Aussi, lors même que l'accident survenu depuis le mariage en aurait empêché la consommation, ce mariage n'en serait pas moins inattaquable, puisqu'il était exempt de vice lors de sa formation : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* L. 30, ff. *de reg. juris.*

(2) MM. Merlin, Toullier et Delvincourt le décident formellement; le dernier de ces jurisconsultes pense même que l'impuissance naturelle est une cause de nullité au profit du conjoint.

70. Ce n'est pas sans doute qu'à cet égard il y ait une différence entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, puisque, dans l'une comme dans l'autre, l'erreur porte sur l'absence de la même condition : mais c'est parce que, dans un cas, elle peut se constater, et non dans l'autre, ou du moins que dans celui-ci elle ne pourrait être établie que d'une manière peu sûre, et toujours au préjudice des bonnes mœurs; en sorte que, lors même que le mariage serait nul en principe, la demande en nullité serait *non-recevable*, comme elle l'est, ainsi que nous l'avons dit précédemment, dans plusieurs cas où cependant le mariage n'a pas été contracté suivant le vœu de la loi.

71. Néanmoins, par arrêt du 27 janvier 1808, la Cour de Trèves a décidé que la dame N. serait visitée par les gens de l'art; et par un second arrêt, en date du 1[er] juillet 1810 (Sirey, 1811, 1,401), elle a annulé le mariage de cette dame. Si cette jurisprudence prévalait, elle ouvrirait la porte à une sorte de divorce par consentement mutuel, au moyen du refus que ferait le défendeur d'exécuter le jugement qui ordonnerait la visite, et même plus simplement encore, en faisant défaut (1). La Cour de Gênes nous paraît avoir mieux appliqué les prin-

---

(1) Cet inconvénient peut, il est vrai, exister aussi lorsque le mariage est attaqué pour cause d'impuissance accidentelle antérieure au mariage; mais; indépendamment de ce que le cas sera infiniment rare, la simulation sera bien moins facile que dans celui d'impuissance naturelle.

cipes du Code à cet égard, en décidant, au contraire, que l'impuissance naturelle n'avait point été placée parmi les causes de nullité du mariage. (Arrêt du 7 mars 1811. Sirey, 1811, 2, 193.)

SECTION III.

Du consentement des ascendans et de la famille, et, par occasion, de celui du ministre de la guerre, relativement au mariage des militaires.

SOMMAIRE.

72. *Le mariage embrassant des intérêts de l'ordre le plus élevé, l'homme ne peut généralement le contracter à la majorité ordinaire sans le consentement de ses ascendans.*
73. *Motifs de la puissance paternelle relativement au mariage des enfans.*
74. *Suivant la législation romaine, quel que fût l'âge d'un fils de famille, celui-ci ne pouvait contracter mariage sans le consentement de son père.*
75. *Modification que souffrait le principe.*
76. *Chez nous, le fils de famille âgé de moins de vingt-cinq ans, et la fille de famille âgée de moins de vingt-un ans, ont besoin du consentement de leurs père et mère.*
77. *En cas de dissentiment, le consentement du père suffit; mais il y a obligation de consulter la mère, et de constater que cette obligation a été remplie : note.*
78. *Motifs de la différence relativement à l'âge requis dans l'un et l'autre sexe.*
79. *Si le père ou la mère est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.*
80. *Le père condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion est, pendant la durée de la peine, dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté.*
81. *A plus forte raison, s'il a été condamné à une peine emportant mort civile, quoique par contumace, et quoiqu'il fût*

encore dans les cinq ans : controverse sur cette dernière proposition.

82. *S'il a été condamné au bannissement, il n'est point légalement interdit; il peut donner son consentement; mais l'enfant n'est point obligé de le produire; celui de la mère ou des autres ascendans lui suffit.*

83. *L'interdit pour démence est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.*

84. *Dans ces cas, l'impuissance du père est justifiée à l'officier de l'état civil par la représentation des jugemens.*

85. *Lorsque le père dont les facultés intellectuelles sont aliénées, n'est point interdit, il n'est pas régulier de procéder à la célébration sur le seul consentement de la mère ou des autres ascendans.*

86. *L'absent déclaré tel est censé être dans l'impossibilité de manifester sa volonté.*

87. *En principe, il n'en est pas ainsi du père simplement présumé absent : l'article* 155 *ne s'applique pas à ce cas.*

88. *Et l'avis du Conseil d'État, du* 4 *thermidor an* XIII, *ne parle que du mariage des* majeurs.

89. *Néanmoins, si les circonstances étaient graves, le mariage pourrait être célébré, du consentement de la mère ou des ascendans, ou de la famille; mais il serait plus régulier, et même plus sûr, d'obtenir à cet effet l'homologation du tribunal.*

90. *Le consentement de la mère remariée, quoique non maintenue dans la tutelle, suffit au mariage de l'enfant, sans que les collatéraux puissent s'y opposer, encore que l'enfant fût mineur de vingt-un ans : controverse sur ce point.*

91. *Le consentement donné par acte au mariage de l'enfant doit porter sur une personne déterminée : loi romaine.*

92. *Mais si le nom du futur conjoint a été laissé en blanc, qui a été ensuite rempli, le mariage est inattaquable, bien que ce mode ne fût pas selon le vœu de la loi.*

93. *Le consentement donné par acte peut être révoqué avant la célébration.*

94. *Si le père qui a donné son consentement par acte, meurt ou est interdit avant la célébration, sans l'avoir révoqué, celui de la mère ou des autres ascendans, ou même de la*

famille, selon l'ordre tracé par la loi, doit être exigé par l'officier de l'état civil.

95. *Cependant le mariage célébré sur la présentation de cet acte, sans opposition, devrait être inattaquable.*

96. *Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent.*

97. *S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement.*

98. *Conséquences de ce principe.*

99. *Manière de suppléer au défaut de représentation des actes de décès des père et mère.*

100. *Lorsqu'il n'y a pas d'ascendans, la majorité quant au mariage est, pour l'homme comme pour la femme, vingt-un ans accomplis. Jusqu'à cet âge, ils doivent obtenir le consentement du conseil de famille.*

101. *La délibération régulière de ce conseil, soit qu'elle approuve, soit qu'elle désapprouve le mariage, n'est point soumise à l'action des tribunaux.*

102. *Le conseil de famille n'est point obligé de motiver son refus de consentir au mariage, lors même que sa délibération ne serait pas prise à l'unanimité.*

103. *Peine contre l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration des mariages contractés par des fils âgés de moins de vingt-cinq ans, et par des filles âgées de moins de vingt-un ans, sans le consentement requis.*

104. *Obligation pour les enfans de famille au-dessus de l'âge précité, de demander à leurs père et mère ou autres ascendans leur conseil.*

105. *On suit l'ordre établi pour l'obtention du consentement.*

106. *Le conseil doit être demandé au père et à la mère par un acte notifié à chacun d'eux; et ainsi de suite à l'égard des ascendans d'un degré ultérieur.*

107. *Depuis l'âge de vingt-cinq ans jusqu'à trente ans révolus pour les fils, et depuis vingt-un jusqu'à vingt-cinq pour les filles, l'acte respectueux, s'il n'y a pas eu consentement, doit être renouvelé deux fois, de mois en mois, et un mois après il peut être passé outre à la célébration du mariage.*

108. *Après trente ans pour les fils, et vingt-cinq ans pour les filles, il suffit d'un acte respectueux.*
109. *Cet acte doit être signifié par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins.*
110. *Il peut l'être à personne ou domicile indifféremment.*
111. *Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent à la notification.*
112. *Si le père, par exemple, est absent, et que la mère soit décédée, l'acte est notifié à l'aïeul.*
113. *Peine contre l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage sans s'être fait remettre les actes respectueux requis.*
114. *Application des articles* 148, 149, 151, 152, 153, 154 *et* 155, *aux enfans naturels légalement reconnus.*
115. *Ces dispositions ne sont point applicables à l'enfant reconnu seulement par acte sous seing privé.*
116. *L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, ou celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ne peut, avant l'âge de vingt-un ans révolus, se marier sans le consentement d'un tuteur* ad hoc.
117. *Comment est composé le conseil qui nomme ce tuteur.*
118. *Autorisation nécessaire aux militaires en activité de service pour pouvoir se marier.*

72. Parvenu à sa majorité, l'homme peut généralement faire tous les actes de la vie civile. Il a le droit d'aliéner ses biens, comme il a celui d'en acquérir de nouveaux; à cet égard, la loi lui reconnaît une intelligence suffisamment développée; et la majorité est fixée, pour l'un et l'autre sexe, à l'âge de vingt et un ans révolus (art. 488). Mais le mariage embrasse des intérêts d'un ordre plus élevé; il fait naître des droits, il produit des obligations dont l'effet agira sur la destinée de ceux qui le contractent; et cet acte, qui demande un discernement plus éclairé, une raison plus mûre,

est précisément par sa nature celui qui est le plus soumis à l'influence des passions qui assiégent ordinairement la jeunesse et l'environnent d'illusions. Tous les législateurs l'ont senti, et tous aussi ont donné à l'homme un guide pour le diriger dans cet acte le plus important de la vie.

73. Ces considérations ne sont néanmoins pas les seules qui aient dicté la disposition de la loi dans la défense qu'elle fait aux fils de famille âgés de moins de vingt-cinq ans, de contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; car leur intelligence n'est pas moins avancée que celle des enfans de famille qui n'ont point d'ascendans, ou des enfans naturels qui n'ont point été reconnus, lesquels cependant sont habiles à former ce contrat par leur seule volonté à l'âge où ils peuvent faire tous les actes de la vie civile: mais la loi a sagement considéré l'intérêt moral des ascendans dans la bonté du choix des enfans, le respect que ceux-ci doivent aux auteurs de leurs jours, et ce reste de puissance paternelle qui est l'ouvrage de la nature, plus encore que celui des institutions humaines. C'est en partant de ces vues morales et politiques tout à la fois, qu'elle commande aux enfans, quel que soit leur âge, de demander à leurs ascendans leur conseil pour contracter mariage; et si cet acte de déférence et de soumission ne prévient pas toujours une union mal assortie et les regrets amers qui en sont la suite, du moins il est un solennel hom-

mage rendu par le devoir aux droits sacrés de la nature.

74. Dans les principes de la législation romaine, le consentement du père de famille était nécessaire pour la validité du mariage des enfans, quel que fût l'âge de ceux-ci. C'était une conséquence de la puissance paternelle, qui ne cessait pas, comme chez nous, par la majorité; en sorte que le mariage contracté sans le consentement du père de famille était nul et de nul effet : ce n'était point un mariage, et les enfans qui en provenaient étaient enfans naturels. (§ 1 et 12, Inst., *de Nuptiis.*)

75. Cependant ce principe n'était pas absolu. Le consentement du père de famille était bien requis en ce sens, que celui-ci avait le droit de choisir la personne à laquelle devait s'unir l'enfant, et que ce dernier devait d'ailleurs agréer; mais il n'était pas dans le pouvoir du père d'empêcher, sans motif, et arbitrairement, ses enfans de contracter mariage (1).

76. Suivant l'article 148, « Le fils de famille qui « n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, « la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans

(1) *Capite* 35, *legis Juliæ, qui liberos quos habent in potestate, injuria prohibuerunt ducere uxorem, vel nubere; vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini per Proconsules, Præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur, et qui conditionem non quærit.* L. 19, ff. *de Ritu nupt.*

« accomplis, ne peuvent contracter mariage sans « le consentement de leurs père et mère. (1)

« En cas de dissentiment, le consentement du « père suffit. »

77. Le père est le chef de la famille, et l'on a compris que dans une société composée de deux personnes seulement toute délibération deviendrait impossible, si l'on n'accordait pas la prépondérance au suffrage de l'un des associés; et la prééminence du sexe a partout garanti cet avantage au père (2).

78. La différence que l'on a cru devoir mettre pour le terme de la majorité entre les femmes et les hommes, est fondée sur les développemens plus

(1) Lors même qu'il s'agirait d'un second mariage, les motifs qui ont déterminé les père et mère à consentir au premier, peuvent très bien ne pas exister quant au second.

(2) M. Portalis (exposé *des motifs*). Mais il ne faut pas conclure de là qu'il n'est pas nécessaire de consulter la mère. La loi dit que c'est en cas de dissentiment, que le consentement du père prévaut; il faut donc qu'il y ait dissentiment, et le dissentiment ne peut exister qu'autant que la mère a été consultée. Jusque là elle peut former opposition au mariage, sauf au tribunal à en donner mainlevée lorsque la mère aura été consultée, et que la preuve en sera produite. *Voyez* à ce sujet un arrêt de la Cour de Riom, du 30 juin 1817, Sirey, 1818, 2, 41.

Mais l'officier de l'état civil ne devrait pas, en l'absence de toute opposition de la part de la mère, se refuser, dans tous les cas quelconques, à procéder à la célébration, sur le motif que son consentement ne lui est pas représenté. La supposition qu'elle n'a point été consultée par le père, qui veut le mariage, n'est pas naturelle; il y a au contraire présomption que le mariage de l'enfant lui est agréable, puisqu'elle n'y forme point opposition. Les circonstances devraient donc le déterminer à prêter son ministère, ou à le refuser jusqu'à ce que le consentement de la mère lui eût été remis.

rapides de la nature dans un sexe que dans l'autre : la pudeur et la retenue naturelles au sexe offrent d'ailleurs la garantie que, rarement du moins, une fille formera une union contre le gré de ses parens. Mais les passions de l'homme sont plus impétueuses, parce qu'il est plus fort et plus audacieux ; et puisque la nature ne lui a pas imposé le même frein qu'à la femme, la loi l'a soumis plus long-temps à un pouvoir dont l'amour paternel, d'ailleurs, ne permet pas de supposer l'abus.

79. Si le père ou la mère est mort (1), ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. (Art. 149.)

80. Le père condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion est, pendant la durée de la peine, dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté, puisqu'il est légalement interdit. (Art. 29 du Code pénal.)

81. A plus forte raison s'il est mort civilement ne peut-il donner un consentement avoué par la loi civile. (Art. 25 du Code civil.)

M. Toullier dit que si la condamnation a été

(1) On produit l'acte de décès à l'officier de l'état civil : cela est nécessaire surtout s'il s'agit du père ; car la mère ne peut consentir au mariage avec effet tant que le père est vivant et qu'il peut manifester sa volonté. Lorsque c'est la mère qui est décédée, comme la volonté du père suffit au mariage, même en cas de dissentiment, l'acte de décès est moins nécessaire ; mais il est plus régulier de le présenter.

prononcée par contumace, et que le condamné soit encore dans les cinq ans, il faudra obtenir *son consentement* ou constater son absence, suivant le mode tracé à l'article 155. Nous croyons que le condamné ne peut donner un consentement avoué par la loi (art. 28 du Code civil et 465 du Code d'instruction criminelle), et qu'étant par conséquent dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il est remplacé par la mère, les ascendans ou la famille. Pothier, n° 331, est formellement de notre avis. Il cite à l'appui de sa décision la loi 12, § 15, ff. *de Captiv. et post.*, suivant laquelle le mariage d'un fils de famille contracté pendant la captivité de son père est très valable, nonobstant le retour de celui-ci, retour qui le fait cependant supposer n'avoir jamais perdu ses droits : nouvelle preuve de la justesse de l'opinion que nous avons émise au n° 230 du tome Ier.

82. Si le père a été condamné au bannissement, la loi ne prononce pas dans ce cas l'interdiction légale pendant la durée de la peine. On peut néanmoins considérer l'individu comme étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, à raison de son absence et de la cause qui l'a produite. Au surplus, il pourrait donner son consentement par un procureur fondé; mais l'enfant ne doit pas être réduit à l'obligation de le produire, car il peut ignorer où son père s'est retiré. Le consentement de la mère ou des ascendans doit donc lui suffire.

83. L'interdit pour démence est aussi dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

84. Dans ces cas, il faudra justifier à l'officier de l'état civil de l'impossibilité où est le père de manifester sa volonté, en lui représentant une expédition en bonne forme du jugement de condamnation ou d'interdiction.

85. Si le père dont les facultés intellectuelles sont aliénées n'est point interdit, il serait plus prudent et plus conforme aux principes de faire prononcer l'interdiction, que de lui faire donner son consentement au mariage de l'enfant. Souvent, sans doute, il répugne à la famille de provoquer l'interdiction de son chef, lorsque son état moral n'est pas tel qu'il le porte à faire des actes qui lui soient préjudiciables; et il pourrait arriver aussi que les retards occasionés par l'instance en interdiction fissent manquer un mariage avantageux. Mais si ces inconvéniens ne sont pas sans quelque gravité, d'autre part aussi il répugne à la raison de voir donner un consentement dans un acte solennel, par un individu entièrement dépourvu de discernement et de volonté. Au reste, l'officier de l'état civil ne peut se rendre juge de la question de savoir si le père non présent est ou non dans l'impossibilité de manifester son consentement; tant qu'on ne lui représente point un acte qui constate cette impuissance, elle est censée ne pas exister, et dès lors il ne peut, sans s'exposer à l'application de l'ar-

ticle 193 du Code pénal, célébrer le mariage, même sur le consentement donné par la mère ou par des ascendans d'un degré ultérieur : la loi a établi une hiérarchie qu'il doit respecter. S'il n'en était ainsi, dans une foule de cas, la puissance paternelle deviendrait illusoire relativement à l'acte qui est le plus spécialement soumis à l'exercice de son action.

86. L'absent déclaré tel est pareillement censé dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il est présumé décédé, puisque son testament est ouvert et que ses héritiers présomptifs sont envoyés en possession provisoire de ses biens. En représentant à l'officier de l'état civil une expédition du jugement de déclaration d'absence, cet officier pourra donc célébrer le mariage sur le consentement de la mère, des ascendans ou de la famille, selon l'ordre tracé par la loi (1).

87. Mais en est-il de même de l'individu simplement présumé absent? L'article 155 porte « qu'en « cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être « fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la « célébration du mariage, en représentant le juge- « ment qui aurait déclaré l'absence, ou, à défaut de « ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête; « ou, s'il n'y a point encore eu d'enquête, un acte « de notoriété délivré par le juge de paix du lieu « où l'ascendant a eu son dernier domicile connu.

---

(1) Pothier, n° 329 de son *Traité du Mariage.*

« Cet acte contiendra la déclaration de quatre té-
« moins appelés d'office par le juge de paix.

Comme on le voit, cette disposition n'est relative qu'à l'acte respectueux ; elle suppose par conséquent que l'enfant a acquis la majorité voulue pour le mariage, vingt et un ans révolus si c'est une fille, vingt-cinq ans si c'est un fils ; tandis qu'il s'agit, dans l'espèce, d'un enfant de famille qui n'a pas encore l'âge compétent pour contracter mariage par l'effet de sa seule volonté. On conçoit très bien le motif de la facilité accordée par la loi pour le cas sur lequel elle statue ; mais ce motif n'a pas la même force lorsqu'il s'agit de l'exercice de la puissance paternelle dans l'acte qui intéresse le plus vivement un père.

88. Un avis du Conseil d'État, du 4 thermidor an XIII (Bulletin, n° 858), porte, il est vrai, « qu'à « défaut d'acte de décès des pères, mères, aïeuls « ou aïeules, et si leur non-présence sans nouvelles « ne peut être prouvée dans la forme prescrite par « l'article 155 du Code civil, il peut être procédé « à la célébration du mariage des *majeurs*, sur leur « déclaration à serment que le lieu du décès et ce- « lui du dernier domicile de leurs ascendans leur « sont inconnus ; que cette déclaration doit être « certifiée par les quatre témoins du mariage, qui « affirmeront aussi par serment qu'ils sont dans la « même ignorance ; enfin, qu'il doit être fait men- « tion, dans l'acte de mariage, desdites déclarations. »

De ces diverses dispositions combinées il résulte bien que, pour le mariage de la fille de vingt et un ans accomplis, l'acte respectueux, dont nous parlerons bientôt, doit être fait à la mère ou aux aïeuls, suivant les distinctions posées à l'article 151 ; que le fils de famille, majeur de vingt et un ans et mineur de vingt-cinq, n'a pas, dans le cas de non-présence de son père sans nouvelles, nécessairement besoin de son consentement, en ce sens qu'il peut être suppléé par celui de la mère ou des ascendans; car nous croyons bien que, par *majeurs*, l'avis du Conseil d'État a entendu parler de la majorité ordinaire, d'autant mieux qu'il serait inconséquent de permettre à l'enfant de se marier à cet âge quand il n'a point d'autre ascendant que son père absent, et de lui refuser ce droit lorsqu'il y en a d'autres qui donnent leur consentement au mariage. Mais il ne résulte pas de ces dispositions que la fille et le fils de famille âgés de moins de vingt et un ans accomplis, puissent se marier avec le seul consentement de la mère, des ascendans ou du conseil de famille, puisque cet article 155 suppose nécessairement la majorité requise pour le mariage, et que l'avis du Conseil d'État statue sur le cas où les futurs époux sont *majeurs*. On reste donc soumis à la règle générale, que la mère ne peut donner un consentement valable que lorsque le père est mort ou dans l'impuissance de manifester sa volonté. Or, cette impuissance résulte-t-elle de la non-présence du père? la loi veut bien le reconnaître quand il ne s'agit

que d'un simple acte respectueux ; mais le silence qu'elle garde sur le cas où le consentement est nécessaire fait voir qu'elle n'a pas cru qu'il y avait parité de raisons dans les deux cas. Pothier (n° 328) rapporte que le mariage d'une demoiselle de la ville d'Orléans, dont le père était mort, fut annulé pour avoir été contracté sans le consentement de la mère, qui demeurait alors à Saint-Domingue, quoique le prevôt d'Orléans eût homologué l'avis des parens, qui tous avaient consenti au mariage. Il fut fait défense au prévôt d'homologuer à l'avenir de pareils avis. Pothier approuve cette décision, en disant toutefois, au numéro suivant, qu'il n'en est pas de même lorsque le père ou la mère du mineur est absent de *longue absence*, et qu'on ne sait où il est; que, dans ce cas, le mineur peut, *après information faite de son absence*, être dispensé d'obtenir son consentement, qui doit être suppléé par celui du tuteur et de la famille. Il faudrait donc, d'après cet auteur, que l'absence fût constatée.

89. Mais nous n'allons pas jusque là : les circonstances pourraient être telles, que le consentement du présumé absent serait valablement suppléé par celui de la mère, etc. Il serait alors utile, selon nous, d'obtenir l'autorisation ou l'homologation du tribunal. Au moyen de cette formalité, la nullité du mariage ne pourrait être ensuite demandée par le père; mais, dans le cas où elle n'aurait pas été observée, la question de nullité dépendrait beau-

coup des circonstances de la cause. La demoiselle *Sommaripa*, mineure, et sujette de l'empire ottoman, avait contracté mariage avec le consentement de sa mère, mais sans que celui de son père, absent, eût été obtenu ni demandé; le mariage avait été célébré à Constantinople avec un Français: vingt-trois ans après, il a été annulé pour défaut de consentement du père. (*Voyez* l'arrêt de cassation du 16 avril 1817; Sirey, 17, 1, 232).

90. On a vu que, lorsque le père est mort, le consentement de la mère suffit. Malgré la généralité des termes de l'article 148, un estimable jurisconsulte (1) pense qu'à la vérité, si le mariage a été contracté avec le consentement de la mère remariée, il serait difficile de l'attaquer pour raison d'insuffisance de ce consentement; mais que s'il n'était point encore célébré, et qu'il y eût opposition de la part de la famille, les juges pourraient y avoir tel égard que de raison. Indépendamment de plusieurs considérations puisées dans les principes généraux de la tutelle, ce jurisconsulte invoque en faveur de son sentiment la proposition qui fut faite au Conseil d'État, d'ajouter au projet de loi, qu'en cas de mort du père ou de la mère le consentement du survivant suffirait, *quand même il aurait contracté un second mariage*; et il conclut, de la suppression de ces mots, que l'on a sans doute pensé

(1) M. Delvincourt.

que la circonstance du second mariage pouvait avoir dans ce cas quelque influence; d'autant mieux, ajoute-t-il, que, dans la discussion, l'on a été jusqu'à dire qu'il pouvait arriver que le juge eût à examiner jusqu'à quel point le consentement du père remarié suffirait au mariage.

Il nous semble que la suppression ne prouve rien en faveur de ce sentiment, puisqu'elle eut lieu sur l'observation que la *règle générale suffisait;* et comme le droit du père remarié n'a point été modifié par la loi, bien que, dans la pensée de l'un des orateurs qui ont pris part à la discussion, il pût l'être, nous en concluons qu'il n'y a rien à inférer de l'observation de cet orateur : elle prouverait trop, ou elle ne prouve rien; elle fut même réfutée par celle d'un autre orateur, qui pensa qu'il serait difficile de concilier l'opinion émise à cet égard avec le système de la puissance paternelle. La discussion se termina par l'observation que toutes ces questions devaient être subordonnées aux dispositions que l'on adopterait sur le divorce : mais elles n'ont été décidées par aucune de ces dispositions; en sorte que le principe de l'article 148 est toujours général et absolu.

Sur quelle loi, d'ailleurs, l'opposition des collatéraux serait-elle fondée? Ce n'est pas assurément sur l'article 174, le seul cependant qui traite spécialement de l'opposition formée par les personnes de cette qualité; car il s'exprime ainsi : « A défaut « d'*aucun* ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle,

« ou la tante, le cousin ou la cousine germains, « majeurs, ne peuvent former opposition *que dans* « *les deux cas suivans* : 1° lorsque le consentement « du conseil de famille n'a pas été obtenu dans le « cas où il est requis; 2° lorsque l'opposition est « fondée sur l'état de démence du futur époux. »

Ainsi, d'après ces dispositions, combinées avec celles de l'article 160, ce n'est qu'à défaut d'*aucun* ascendant que les collatéraux sont recevables à former opposition; et dans l'espèce, non-seulement il y a un ascendant, mais il y en a un du premier degré, celui dont l'affection est généralement la plus vive, et qui veut le mariage. En second lieu, lorsque les collatéraux ont qualité pour former opposition, ils ne peuvent la fonder que sur l'une des deux causes énoncées ci-dessus; tellement que les tribunaux ne pourraient, sans contrevenir à la loi, admettre une opposition fondée sur une autre cause. Dans le cas dont il s'agit, elle serait donc arbitraire; elle créerait un empêchement.

Que l'on suppose, d'ailleurs, que le fils de famille ait plus de vingt et un ans accomplis, mais moins de vingt-cinq : assurément l'opposition des collatéraux ne serait pas recevable; et cependant le consentement de la mère serait encore nécessaire d'après l'article 148, et même d'après le système que nous combattons, car il ne restreint le pouvoir de la mère que relativement au consentement, et non relativement au refus de consentir. Or, s'il en est ainsi, c'est parce que le pouvoir maternel subsiste

encore, nonobstant le convol de la mère; et s'il subsiste à l'effet d'empêcher le mariage, à plus forte raison doit-il subsister pour l'autoriser, puisqu'on reconnaît généralement que le mariage est favorable, et qu'aucune affection n'est comparable à l'amour maternel.

On dit, pour le cas où la mère remariée n'a pas été maintenue dans la tutelle, qu'il serait contre les principes que son avis pût l'emporter sur celui de la famille; que, d'après l'article 1398, le mineur habile à contracter mariage peut consentir valablement toutes donations, pourvu qu'il soit assisté, dans son contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage; et que si le consentement seul de la mère suffisait, il s'ensuivrait que ce consentement suffirait aussi pour autoriser l'époux à disposer de tout son bien par contrat de mariage, tandis que la mère non maintenue dans la tutelle ne peut autoriser la disposition de l'objet le plus modique appartenant à ses enfans; enfin, que, soumise au pouvoir marital, elle est placée dans l'impossibilité de manifester sa propre volonté, qu'elle est supposée n'en avoir pas d'autre que celle de son mari.

Comme la question est de la plus grande importance, et qu'elle peut se présenter journellement, nous croyons devoir ne point laisser sans réponse ces raisons, qui pourraient jeter des doutes sur la solution qu'elle mérite, du moins selon notre opinion.

D'abord, et l'on en convient dans le système com-

battu, le raisonnement qui tend à établir que la mère remariée est censée n'avoir d'autre volonté que celle de son mari, s'applique aussi bien à la mère maintenue dans la tutelle qu'à celle qui ne l'a point été; et c'est pour cela que l'on finit par ne faire aucune différence entre l'une et l'autre, quant au droit que l'on reconnaît aux collatéraux de former opposition au mariage, en subordonnant toutefois cette opposition à la sagesse des tribunaux.

Et quant à ce que l'on dit, qu'il serait contraire aux principes que la mère non tutrice pût autoriser le mariage, et par conséquent le mineur à disposer de tout son bien, tandis qu'elle ne pourrait, hors ce cas, l'autoriser à disposer de l'objet le plus modique, cette objection n'est que spécieuse. Si elle était fondée, non-seulement le consentement de la mère remariée et maintenue dans la tutelle pourrait être combattu par le dissentiment des collatéraux, mais celui du père tuteur pourrait l'être aussi, car un tuteur n'a pas le pouvoir d'autoriser valablement le mineur à donner une partie de ses biens, et encore moins à les donner en totalité, puisqu'il a lui-même besoin d'une autorisation du conseil de famille pour aliéner les immeubles, intenter une action immobilière ou y acquiescer, pour provoquer un partage, transiger, etc. Donc, si l'insuffisance du consentement pour le mariage pouvait s'induire de l'insuffisance de l'autorisation accordée à l'enfant, de faire des donations par son contrat,

il faudrait, pour être conséquent, décider aussi que le consentement même du père est insuffisant pour le mariage, et rayer ainsi la disposition de l'article 148. Il faudrait encore bien mieux le prétendre pour le cas où le père veuf n'est pas tuteur, à raison, par exemple, de ses infirmités; car alors il ne peut, non plus que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle, autoriser l'enfant à disposer de l'objet le plus modique (art. 450). Mais on ne doit point argumenter de l'étendue des pouvoirs relativement aux biens, à l'étendue de la puissance relativement au mariage; ce sont des objets distincts par leur nature et leurs effets : les conventions matrimoniales ne sont que des accessoires; l'objet principal c'est le mariage; et la loi donne pouvoir aux père et mère de l'enfant mineur de l'autoriser ou de l'empêcher. Pourrait-on prétendre, par exemple, que le prodigue ne peut se marier sans l'assistance de son conseil, parce que la loi lui défend d'hypothéquer ses biens sans cette assistance, et qu'elle attribue à la femme une hypothèque sur ces mêmes biens? Non certainement. Le raisonnement que nous réfutons n'étant d'ailleurs applicable qu'au cas où l'enfant ferait des avantages à son conjoint; dans le cas contraire, l'opposition des collatéraux n'aurait plus de motif. Or, peut-on naturellement supposer qu'une mère, quoique non maintenue dans la tutelle, ira sacrifier les droits de son enfant? On a pu lui retirer la tutelle, parce qu'on a craint que le nouveau mari n'exerçât sur l'administration

une influence préjudiciable aux intérêts du mineur; mais on ne doit pas conclure de là que l'affection maternelle soit effacée ni même affaiblie. Ajoutez que l'intérêt du nouveau mari, qui, de fait, aurait été l'administrateur de la tutelle, n'est point en contact avec celui de l'enfant quand il s'agit du mariage de cet enfant : aussi la loi ne fait-elle aucune distinction; elle dit positivement que si le père est mort, le consentement de la mère suffit.

91. Lorsque le père ou la mère donne son consentement par acte, est-il absolument nécessaire que cet acte indique spécialement la personne que l'enfant doit épouser? La loi 34, ff. *de Ritu nuptiarum*, paraît vouloir que le consentement du père porte sur une personne déterminée : *Generali mandato quœrendi mariti filiæfamilias non fieri nuptias, rationis est. Itaque personam ejus patri demonstrari qui matrimonio consenserit, ut nuptiæ contrahantur, necesse est.* Mais, dans cette loi, c'est un mandataire chargé de choisir un mari qui ferait choix d'un époux à la fille du mandant, et il est naturel qu'un mandat général ne soit pas valable pour un objet aussi important; au lieu que, dans l'espèce de la question, c'est un père qui donne à son fils, par acte authentique, et d'une manière générale, le pouvoir de se marier. Or, ne peut-on pas dire qu'il est le premier juge de la prudence et du discernement de son fils? Sa confiance à cet égard peut-elle être repoussée? Dans tel cas, le consentement ne pourrait même

être donné avec utilité pour l'enfant, qu'autant qu'il serait donné d'une manière générale. Par exemple, un jeune homme s'embarque pour aller fonder dans un pays éloigné un établissement de commerce : il sent qu'il pourra s'y marier avantageusement; mais que s'il fallait, lorsqu'il sera parvenu dans ce pays, demander en France le consentement de ses parens, les distances et des événemens de force majeure pourraient apporter, pendant un temps pour ainsi dire indéfini, des obstacles au mariage qu'il a intérêt de contracter : il préfère donc emporter avec lui le consentement de ses parens, qui, tout en le donnant librement, ne peuvent cependant le donner d'une manière spéciale. On peut dire aussi que l'article 73, qui explique avec détail tout ce que doit contenir l'acte portant consentement de l'ascendant, ne fait aucune mention du nom de la personne avec laquelle l'enfant doit contracter mariage. Cependant tel n'est pas notre avis : la raison de la loi romaine est également applicable; elle a même plus de force, à cause de l'obsession à laquelle les parens pourraient être forcés de céder. Nous pensons que tel est l'esprit du Code; mais si le mariage était contracté, il serait bien difficile de fonder l'action en nullité sur une de ses dispositions.

92. Et comme la loi n'a pas défendu aux notaires de recevoir l'acte portant consentement dans lequel l'ascendant laisserait en blanc le nom

du futur conjoint, si cela avait lieu, il semble, lorsque cet acte serait rempli, que l'officier de l'état civil ne pourrait se refuser à la célébration, sur le motif que le nom de ce futur conjoint n'est pas écrit de la même main que le corps de l'acte; et nous pensons aussi que ni l'ascendant ni l'enfant ne seraient recevables ensuite à attaquer le mariage. L'acte ferait foi.

93. Lorsque le père ou la mère survivante, ou tout autre ascendant, ont donné leur consentement par acte, il n'est pas douteux qu'ils ne puissent le révoquer avant la célébration; et pour cela, ils devront retirer l'acte (1) des mains de l'enfant, s'il lui a été remis : dans le cas où il ne leur serait pas rendu, ils s'empresseront de former opposition. C'est leur consentement libre qui est exigé par la loi, et il doit exister au moment même du mariage.

94. Mais si le père qui a donné son consentement par acte meurt ou est interdit avant la célébration, sans l'avoir révoqué, y a-t-il besoin de celui de la mère ou des ascendans, ou enfin de la famille, suivant l'ordre tracé par la loi?

Ceux-ci peuvent-ils du moins s'opposer à la célébration?

On pourrait croire qu'un nouveau consentement de la part de la mère, etc., n'est pas nécessaire, parce que celui du père serait censé subsister en-

(1) Il est ordinairement délivré en brevet.

core au moment de la célébration. On pourrait d'autant mieux le penser, que ce consentement n'a pas pour objet de former un contrat entre le père et l'enfant, et dès lors, que le principes uivant lequel la mort de l'un des contractans arrivée avant que l'autre ait légalement consenti opère la caducité de l'acte, principe que nous trouvons implicitement consacré par l'article 932, n'est point applicable. Aussi M. Delvincourt, déterminé par cette raison, a-t-il écrit qu'un nouveau consentement n'est pas nécessaire. On pourrait ajouter que le testament fait par un individu qui tombe ensuite en démence, et qui meurt en cet état, est cependant valable; ce qui ne peut être fondé que sur ce que la loi, en exigeant la capacité dans le testateur au moment de la confection du testament et au moment de la mort, suppose qu'il a persévéré dans sa volonté, puisqu'il n'a pu manifester qu'il en a changé. Or, dira-t-on, le père décédé ou interdit n'ayant point changé de sentiment à l'égard du mariage, son consentement subsiste toujours; de telle sorte que non-seulement celui de la mère, etc., n'est pas nécessaire, mais encore que celle-ci ne peut empêcher le mariage; car, en cas de dissentiment, la volonté du père a la prépondérance.

Néanmoins nous ne sommes pas de cet avis : dans l'esprit de la loi, le consentement de l'ascendant est requis au moment de la célébration, parce que ce n'est qu'à cette époque qu'il peut être donné avec le plus d'avantage pour l'enfant, ainsi que par le

même motif, l'autorisation du tuteur, chez les Romains, devait être exprimée *in præsenti negotio.* Il est vrai que le consentement du père peut être donné par acte antérieur à la célébration, qu'il peut être aussi exprimé par un mandataire, toutes choses interdites dans l'autorisation du tuteur suivant les lois romaines(1); et il est vrai aussi que celui dont il s'agit n'a point été révoqué; mais la raison décisive, c'est que le consentement du père n'était que l'exercice de la puissance paternelle dans ses effets relativement au mariage: or, cette puissance passant par sa mort dans la personne de la mère ou des ascendans, ou dans la personne morale appelée conseil de famille, tellement que le père ne pouvait la leur ravir qu'en en consommant l'usage par le mariage même de l'enfant, elle doit avoir l'effet de révoquer un consentement que le père eût pu anéantir par une volonté contraire. Et comme elle réside maintenant en propre dans la personne de la mère, c'est la mère qui doit l'exercer, c'est son consentement qui doit présider à la célébration. A cette raison de droit, nous ajouterons la considération que la position respective des parties qui se proposent de contracter mariage a pu changer depuis que le père avait donné son consentement, et que s'il était vivant, il repousserait peut-être avec force un mariage qui lui paraissait d'abord

(1) C'était *actus legitimus :* or, *les actes légitimes* ne pouvaient se faire par mandataire. L. 77. ff. *de reg. juris.* Heinneccius, *Elementa juris*, nos 249 et suiv.

devoir faire le bonheur de son enfant. D'après cela, nous pensons que si l'acte de décès du père était représenté à l'officier de l'état civil, ou que cet officier eût d'une autre manière connaissance de sa mort ou de son état de démence, il devrait se refuser à célébrer le mariage, nonobstant l'acte portant consentement, tant que celui de la mère, etc., ne lui serait pas représenté. A plus forte raison, ne pourrait-il procéder à la célébration s'il y avait opposition.

95. Mais si le mariage avait été célébré sans opposition de la part de la mère, et sur le vu seulement de l'acte dont il s'agit, il serait bien difficile, même en invoquant les principes que nous venons de poser, d'en pouvoir demander avec succès l'annulation : on verrait probablement dans le silence de la mère une confirmation de la volonté du père.

96. « Si le père et la mère sont morts, ou s'ils « sont dans l'impossibilité de manifester leur vo« lonté, les aïeuls et aïeules les remplacent.

« S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de « la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. » (Art. 150.)

97. « S'il y a dissentiment entre les deux lignes, « ce partage emporte consentement. » (*Ibid.*)

98. Ainsi la volonté de l'aïeul, paternel ou maternel, doit être suivie quand il n'y a ni aïeul ni aïeule dans l'autre ligne ; il représente le père ou la

mère de l'enfant. Et quoique la loi se serve de ces expressions: « En cas de dissentiment entre l'aïeul « et l'aïeule de la même ligne, *il suffit du consente-* « *ment de l'aïeul*, » cela ne veut pas seulement dire que la volonté de l'aïeul suffit pour le mariage: cela veut dire aussi que sa volonté peut l'empêcher; car les aïeuls et aïeules remplacent les père et mère, et la volonté du père fait loi aussi bien à l'effet d'empêcher le mariage qu'à l'effet de l'autoriser.

Il résulte aussi de l'article, que s'il y a des aïeuls et aïeules dans les deux lignes, le consentement d'un aïeul, même de celui de la ligne maternelle, l'emporte sur le dissentiment de l'aïeule de sa ligne et des deux ascendans de l'autre ligne; parce qu'en effet ce consentement est censé celui de la ligne à laquelle appartient cet aïeul, et que, dès qu'il y a partage entre les lignes, ce partage vaut consentement. A ce degré, la ligne paternelle n'a aucune prépondérance sur la ligne maternelle: bien mieux, si l'aïeule maternelle était seule de sa ligne, et qu'elle voulût le mariage, son consentement l'emporterait sur le dissentiment de l'aïeul et de l'aïeule paternels, puisqu'elle représenterait sa ligne, et que le partage vaudrait consentement. On s'est plutôt déterminé par la faveur du mariage, que par les principes ordinaires d'après lesquels la tutelle est déférée.

Quoique l'article 150 ne parle que des aïeuls et aïeules, nul doute que le principe qu'il consacre

ne s'applique aussi aux bisaïeuls et bisaïeules : c'est la qualité d'ascendant que la loi a considérée, et si elle s'est servie de dénominations dont le sens est plus restreint, c'est qu'elle a eu en vue les cas les plus fréquens : *Statuit lex de eo quod plerùmque fit.* Mais la graduation doit être observée; en sorte que l'on devra suivre la volonté de l'ascendant le plus proche en degré, lors même que des ascendans de la même ligne, mais à un degré plus éloigné, auraient une volonté contraire : par exemple, la volonté de l'aïeule doit prévaloir sur celle du père de celle-ci.

99. Comme ce n'est qu'en cas de décès des père et mère, ou lorsque ceux-ci sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, que les ascendans les remplacent, et qu'il est souvent difficile, surtout à la classe pauvre, de se procurer les actes de décès, faute de connaître le dernier domicile des père et mère, le Conseil d'État a décidé, par un avis approuvé le 4 thermidor an XIII, et dont nous avons précédemment parlé (1), « qu'à défaut d'ac« tes de décès des pères et mères des futurs mariés, « il suffit que le décès soit attesté par les aïeuls et « aïeules, et qu'il soit fait mention de cette attes« tation dans l'acte de mariage. »

100. Lorsque tous les ascendans sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, la

(1) Au n° 88.

majorité pour le mariage est fixée, comme pour les autres actes de la vie civile, à vingt et un ans accomplis pour les hommes et les femmes indistinctement; jusqu'à cet âge, ils doivent obtenir le consentement du conseil de famille. (Art. 160.)

101. L'article 883 du Code de procédure porte que « le tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même « les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir « contre la délibération : ils formeront leur demande « contre les membres qui auront été d'avis de la « délibération. » Mais cet article n'est point applicable à celle qui est prise d'une manière régulière relativement au mariage du mineur, qu'elle ait pour résultat de l'approuver ou de l'empêcher. La loi exige le consentement du conseil de famille, et non pas une décision des tribunaux. Ce point, selon nous, n'est pas susceptible de controverse sérieuse, quoique cet article ne distingue pas entre les diverses matières sur lesquelles délibère la famille.

102. Si le conseil de famille refusait son consentement, on ne pourrait pas plus le forcer à donner ses motifs, qu'on ne pourrait obliger un ascendant à donner les siens dans le même cas. D'abord, la loi ne l'oblige pas à les donner; en second lieu, il remplace les ascendans; enfin ses motifs pourraient être peu honorables pour l'autre partie, et la crainte raisonnable qu'auraient les membres du conseil de s'attirer son animadversion, et peut-être une demande en réparation ou en dommages-inté-

rêts pourrait leur ôter l'indépendance nécessaire dans l'importante mission qui leur est confiée, et les exposer ainsi à consentir à un mariage qu'ils ne croiraient cependant pas propre à faire le bonheur de leur parent (1).

Cette décision s'applique aussi au cas où la délibération ne serait pas prise à l'unanimité. L'article 883 précité dit bien, à la vérité, que toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal; mais il ne résulte pas de là que l'avis de chacun doive être *motivé* : il suffit qu'il soit *mentionné.*

103. Pour assurer l'exécution des dispositions ci-dessus, l'article 156 porte que « les officiers de « l'état civil qui auraient procédé à la célébration « des mariages contractés par des fils n'ayant pas « atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par « des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans « accomplis, sans que le consentement des pères et « mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui de la « famille, dans les cas où ils sont requis, soient « énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la dili- « gence des parties intéressées, et du procureur du « Roi au tribunal de première instance du lieu où « le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende

(1) M. Delvincourt est aussi de cet avis. M. Toullier a écrit le contraire.

« portée par l'article 192, et, en outre, à un empri-
« sonnement dont la durée ne pourra être moindre
« de six mois. »

L'article 193 du Code pénal fixe l'amende à la somme de 16 francs à 300 francs, et l'emprisonnement à six mois au moins et à une année au plus.

La peine est applicable par cela seul que le consentement des ascendans ou de la famille, dans le cas où il était requis, n'a point été énoncé, encore qu'il eût été donné lors du mariage (art. 156, Code civil analysé) (1), ou, dans le cas où il n'aurait pas été donné, lors même que la nullité du mariage n'aurait pas été demandée ou aurait été couverte; le tout sans préjudice des peines plus fortes prononcées en cas de collusion, et sans préjudice aussi des autres dispositions du titre V du livre I[er] du Code civil. (Art. 195, Cod. pén.)

104. La loi n'exige pas absolument le consentement des ascendans pour le mariage des hommes majeurs de vingt-cinq ans, et de la femme âgée de vingt et un ans accomplis; mais comme l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses ascendans, elle lui impose l'obligation de demander leur conseil. C'est ce que nous avons dit en commençant l'explication de ce chapitre.

105. Ce conseil doit être demandé aux ascen-

---

(1) L'officier est en faute d'avoir exposé par sa négligence un mariage legitime à être attaqué, sous prétexte du défaut de consentement des ascendans ou du conseil de famille.

dans auxquels l'enfant devrait demander le consentement s'il était mineur pour le mariage, par conséquent aux père et mère; et si ceux-ci sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, aux aïeuls et aïeules, suivant le degré de proximité. (Art. 151.)

106. Si les père et mère sont tous deux en état de manifester leur volonté, l'acte respectueux doit être notifié à chacun d'eux, attendu que si, d'une part, le consentement du père prévaut en cas de dissentiment, d'autre part, il faut, pour qu'il y ait dissentiment, qu'ils soient consultés tous deux (1); en sorte que si, dans le cas où les père et mère sont tous deux dans l'impuissance de manifester leur volonté, il y a plusieurs ascendans au même degré dans une ligne ou dans les deux, il faut notifier l'acte respectueux à chacun de ces ascendans.

107. Depuis l'âge de vingt-cinq ans accomplis jusqu'à celui de trente ans révolus pour les fils, et depuis l'âge de vingt et un ans révolus jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux sur lequel il n'y a pas de consentement au mariage (2) doit être renouvelé (3) deux

---

(1) Ainsi jugé par la Cour de Bruxelles, le 5 mai 1808 (Sirey, 1809, 2, 840); par celle de Caen, le 12 décembre 1812 (*Ibid*, 1813, 2, 157); et par celle de Douai, le 25 janvier 1815 (*Ibid.*, 1816, 2, 114).

(2) S'il y a consentement de la part d'un aïeul de l'une ou l'autre ligne, ou même d'une aïeule qui est seule dans la sienne, le mariage peut être célébré de suite. (Art. 150 analysé.)

(3) La Cour de Paris a jugé, le 19 octobre 1809 (Sirey, 1810, 2,

fois, de mois en mois; et un mois après le troisième acte, il peut être passé outre à la célébration du mariage. (Art. 152.)

108. Après l'âge de trente ans pour les fils, et de vingt-cinq ans pour les filles (1), il peut être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage. (Art. 153.)

109. L'acte respectueux doit être notifié à celui ou à ceux des ascendans auxquels l'enfant devrait, comme nous l'avons dit, demander le consentement, s'il était mineur, pour le mariage. Il doit l'être par deux notaires (2), ou par un notaire et deux témoins. Dans le procès-verbal qui en est dressé, il doit être fait mention de la réponse de l'ascendant. (Art. 154.)

Le défaut de réponse équivaut à un refus de répondre, et il doit être aussi mentionné dans le procès-verbal.

---

271), que l'acte signifié le 20 juin, par exemple, avait pu être renouvelé le 20 juillet suivant; que l'article 1033 du Code de procédure, qui veut que le jour de la signification et celui de l'échéance ne soient pas comptés dans les actes faits à personne ou domicile, ne s'applique point aux actes repectueux, attendu que l'article 152 dit simplement de *mois en mois*. En effet, on a entendu parler de *quantième à quantième*.

(1) Cet article ne dit pas cela aussi clairement; mais il doit se combiner avec le précédent, dont il aurait dû faire partie. La discussion au Conseil d'État ne laisse d'ailleurs aucun doute.

(2) La loi a repoussé le ministère des huissiers, qui généralement est un ministère de rigueur, et dont l'emploi aurait pu indisposer l'ascendant. Celui des notaires est plus révérentiel.

110. Quoique la loi prescrive de faire dans le procès-verbal mention de la réponse de l'ascendant, il ne faut cependant pas conclure de là que l'acte ne peut lui être signifié qu'à personne; car il peut l'être aussi à domicile : autrement, en s'éloignant, l'ascendant éluderait le but de la loi, et rendrait ainsi arbitrairement le mariage impossible (1).

111. Il n'est pas nécessaire, non plus, que l'enfant soit présent à la notification; la loi ne l'exige pas. Dans les dispositions où sont en ce moment l'ascendant et l'enfant à l'égard l'un de l'autre, la présence de celui-ci ne produirait peut-être pas l'effet qu'on pourrait en désirer. En prescrivant au notaire de faire dans le procès-verbal mention de la réponse de l'ascendant, l'article 154 paraît d'ailleurs supposer que l'enfant n'est point présent à la notification, et que c'est par la lecture de ce procès-verbal qu'il pourra connaître les motifs de l'ascendant (2).

112. Nous avons dit précédemment qu'en cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui

---

(1) Jugé en ce sens par la Cour de Douai, le 22 avril 1819. Sirey, 1820, 2, 116.

(2) *Voyez* un arrêt de la Cour de Bordeaux, qui a jugé en ce sens, le 22 mai 1806 (Sirey, 7, 2, 768). La Cour de Caen avait toutefois jugé le contraire, le 1er prairial an XIII. Sirey, 5, 2, 143.

aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu; et que cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix (art. 155). Mais il ne faut pas conclure de là que si le père, par exemple, est absent ou non présent, et qu'il y ait un aïeul, soit paternel, soit maternel, l'enfant est dispensé de faire les actes respectueux; car cet article doit se combiner avec l'article 151, suivant lequel l'aïeul remplace le père qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté : par conséquent, s'il est vrai de dire, d'une part, que c'est au père qu'aurait dû être fait l'acte respectueux, d'autre part on doit dire aussi que l'aïeul le remplace quant à cet acte, comme il le remplacerait quant au consentement, ainsi que le décide l'article 150.

113. Lorsqu'il n'y a pas eu d'actes respectueux dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage doit être condamné à l'amende de 16 fr. à 300 fr., et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois. (Art. 157, Code civil.)

Mais le mariage ne peut être attaqué pour cette cause.

114. Toutes les dispositions dont nous venons

de parler, relativement à la nécessité du consentement des père et mère (1), si les futurs époux sont mineurs quant au mariage, ainsi qu'aux actes respectueux, s'ils sont majeurs, sont applicables aux enfans naturels légalement reconnus. (Art. 148.)

115. Puisqu'il faut que l'enfant soit *légalement* reconnu, il résulte de là que celui qui ne l'a été que par un acte sous seing privé n'est point soumis à ces dispositions; car une telle reconnaissance n'est point légale. Comme elle ne produit généralement aucun effet au profit de l'enfant, il est conséquent qu'elle ne lui impose aucune obligation.

116. L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, ou celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne peut, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*, qui lui sera nommé (art. 159); en sorte que s'il en a déjà un, il faut que ce tuteur soit spécialement autorisé à l'effet de consentir au mariage.

117. Ce tuteur ne peut être nommé par la famille, puisque l'enfant naturel, même reconnu, n'en a pas, du moins aux yeux de la loi. On a supposé dans la discussion, que le conseil serait

(1) Mais non des aïeuls et aïeules : car l'enfant naturel ne peut être reconnu que par ses père et mère, et cette reconnaissance ne lui donne des droits qu'à leur égard, et nullement à l'égard de leurs parens.

composé des amis de l'enfant. S'il avait été reconnu, le juge de paix pourrait aussi, conformément à l'article 409, appeler des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec les père et mère décédés.

118. Par décret du 16 juin 1808 (Bulletin, n° 3463), les militaires en activité de service sont tenus, pour contracter mariage, de rapporter, savoir : les officiers, la permission par écrit du ministre de la guerre, et les sous-officiers et soldats, celle du conseil d'administration de leur corps, sous peine, pour les officiers, d'être destitués et de perdre tout droit, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfans, à toute pension ou récompense militaire.

Tout officier de l'état civil, porte le même décret, qui aura sciemment célébré le mariage d'une des personnes indiquées ci-dessus, sans s'être fait remettre la permission exigée, ou même qui aura négligé de la joindre à l'acte de célébration, sera destitué.

Mais le mariage n'est pas moins valable.

Ces dispositions ont été étendues, par un décret du 28 août 1808 (Bulletin, n° 3682) :

1° Aux commissaires ordonnateurs et ordinaires des guerres (1), à leurs adjoints, et aux élèves en cette partie ;

---

(1) Aujourd'hui intendans et sous-intendans militaires.

2° Aux officiers de santé militaires, de toutes classes et de tous grades;

3° Aux officiers, sous-officiers et soldats en activité de service dans les bataillons d'équipages;

Par un avis du Conseil d'État, approuvé le 21 décembre 1808 (Bulletin, n° 4032), 4° aux officiers réformés et jouissant d'un traitement de réforme;

D'après le décret du 3 août 1808 (Bulletin, n° 3604), 5° aux officiers et aspirans de la marine royale, aux officiers de troupes d'artillerie de la marine, aux officiers du génie maritime, aux administrateurs de la marine, et enfin à tout officier militaire ou civil du département de la marine nommé par le Roi; lesquels, en conséquence, ne peuvent se marier sans en avoir obtenu la permission par écrit du ministre de la marine. Sont néanmoins autorisés les capitaines généraux des colonies et les chefs coloniaux, à consentir au mariage des officiers qui leur sont respectivement subordonnés, si toutefois les circonstances ne permettent pas d'attendre la permission du ministre, et à la charge par eux de lui en rendre compte par la plus prochaine occasion;

Enfin 6° Aux sous-officiers et soldats de troupes appartenant au même département: ils ne peuvent pareillement se marier qu'après en avoir obtenu la permission du conseil d'administration de leur corps.

SECTION IV.

Des empêchemens au mariage.

SOMMAIRE.

119. *Définition, dans la doctrine, des empêchemens en* prohibitifs *et* dirimans.
120. *Dans la loi, cette distinction n'eût pas été sans danger.*
121. *On distingue aussi, dans la doctrine, les empêchemens en* relatifs *et* absolus.
122. *Corrélation des empêchemens avec les nullités du mariage.*
123. *Les empêchemens sont des conditions* négatives, *tandis que les qualites requises pour pouvoir contracter mariage sont des conditions* affirmatives.
124. *Le défaut de publications est un empêchement prohibitif.*
125. *Il en est de même de tout* acte *d'opposition.*
126. *Le défaut de représentation des pièces requises constitue pareillement un empêchement prohibitif.*
127. *Il est quelques empêchemens que la loi n'a pas caractérisés, en sorte qu'ils ont fait naître des opinions divergentes sur la question de savoir s'ils sont dirimans ou simplement prohibitifs.*
128. *Celui apporté par l'article* 228 *est de ce nombre.*
129. *Il en est de même de celui établi par l'article* 298.
130. *L'engagement dans les ordres sacrés est-il, depuis la Charte, un empêchement au mariage; et, dans le cas de l'affirmative, est-il dirimant ou simplement prohibitif? renvoi.*
131. *La mort civile, le lien d'un premier mariage subsistant, la parenté et l'alliance, aux degrés déterminés par la loi, sont des empêchemens dirimans.*
132. *Le mort civilement ne peut contracter un mariage qui produise des effets civils par rapport à lui: renvoi.*
133. *Il en est autrement de l'individu rentré dans la vie civile: renvoi.*
134. *Le mariage produirait néanmoins tous ses effets civils en faveur du conjoint de bonne foi et des enfans: renvoi.*
135. *Il les produirait même en faveur des enfans conçus depuis que l'époux aurait connu l'état du conjoint.*

136. *Du mariage contracté par le mort civilement en pays étranger : renvoi.*

137. *Le fait de bigamie commis sciemment est un crime.*

138. *L'officier de l'état civil qui a célébré le second mariage connaissant l'existence du premier, a aussi commis un crime.*

139. *La défense de contracter un second mariage avant la dissolution du premier ne résulte pas seulement de la loi religieuse; elle est fondée aussi sur la loi civile : conséquences.*

140. *L'absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union est seul recevable à attaquer ce mariage, par lui-même ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence.*

141. *Quand il n'y a plus d'incertitude sur la vie de l'absent, parce qu'il est de retour dans ses foyers, les principes reprennent leur empire. L'article* 139 *ne s'applique pas nécessairement au cas où, à l'époque du second mariage, l'individu n'était qu'en simple présomption d'absence : renvoi.*

142. *L'absent n'aurait pas le droit de profiter de la faute ou de l'erreur de son conjoint, pour contracter un second mariage avant la dissolution du premier.*

143. *De ce qu'un mariage serait susceptible d'être annulé, l'un de ceux qui l'ont contracté n'aurait pas le droit de passer à de secondes noces avant d'en avoir fait prononcer la nullité.*

144. *Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, cette nullité doit être préalablement jugée.*

145. *Après leur mort, les enfans pourraient aussi invoquer l'exception préjudicielle.*

146. *Dans le cas où l'accusé de bigamie nierait la validité du premier mariage, la Cour criminelle ne pourrait faire juger cette question par le jury, ni la juger elle-même : elle devrait surseoir et renvoyer devant les tribunaux civils.*

147. *Bien qu'à l'époque où le second mariage a été contracté, l'époux eût à faire valoir contre le premier une nullité temporaire, couverte au moment où ce second mariage se-*

rait attaqué, ce moyen de nullité serait sans effet, et l'époux ne serait pas moins coupable du fait de bigamie.

148. *De l'empêchement pour cause de parenté. Ce que c'est que la parenté.*

149. *Il y en a de trois sortes : la parenté naturelle, la parenté naturelle et civile, et la parenté purement civile.*

150. *Dans la parenté, on distingue la ligne et le degré ; ce que c'est que la ligne : la ligne est directe ou collatérale.*

151. *Les degrés se comptent par les générations.*

152. *Ce qu'on entend par l'alliance ou l'affinité.*

153. *Les prohibitions de mariage pour cause de parenté ou d'alliance étaient autrefois fort étendues.*

154. *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendans et les descendans légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.*

155. *Je ne puis donc épouser la veuve de mon père naturel, ni la veuve du père de celui-ci ;* vice versâ, *mon père naturel ne peut épouser ma veuve ni la veuve de mon fils.*

156. *La discipline ecclésiastique reconnaît une sorte d'affinité entre une personne et les enfans et descendans d'une autre personne avec laquelle elle a vécu en concubinage.*

157. *L'esprit du Code ne permettrait pas qu'il fût fait des recherches pour établir le concubinage, à l'effet d'empêcher le mariage.*

158. *Si le concubinage était établi par la reconnaissance d'un enfant naturel par deux individus, le mariage serait-il interdit entre l'un d'eux et les enfans de l'autre ? non.*

159. *Le mariage devrait cependant être interdit, pour cause d'honnêteté publique, entre un individu et la fille de celle avec laquelle il avait contracté un mariage qui a été annulé, lors même que, attendu la mauvaise foi des époux, ce mariage ne produirait point les effets civils.*

160. *Il est indifférent, quant à la prohibition, que la parenté soit adultérine, incestueuse, ou naturelle simple.*

161. *En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et les alliés au même degré : modification apportée par la loi du* 16 *avril* 1832.

162. *Je ne puis donc, en principe, épouser la sœur, même naturelle, de ma femme.*

163. *La prohibition suit les individus en pays étranger, et rend nul le mariage qu'ils y auraient contracté, encore qu'ils ne l'eussent pas fait transcrire en France, et qu'ils n'y prissent pas publiquement la qualité d'époux.*

164. *Il en serait ainsi lors même que la femme serait étrangère et appartiendrait à une nation chez laquelle le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs serait permis.*

165. *Même décision, encore bien que le mari fût étranger.*

166. *Dans le cas où l'une des personnes qui se proposent de contracter mariage serait enfant naturel non reconnu, le ministère public aurait-il le droit de rechercher, soit la paternité, soit la maternité, à l'effet détablir l'empêchement pour parenté ou alliance?*

167. Quid *si, après le mariage d'un individu avec une fille naturelle non reconnue, le père de cet individu, qui n'a pas consenti au mariage, reconnaît sa bru pour sa fille?*

168. *Le mariage est également prohibé entre l'oncle et la nièce, le grand-oncle et la petite-nièce;* aut vice versâ.

169. *Le Roi peut lever la prohibition pour des motifs graves.*

170. *Chez les Romains le mariage était aussi prohibé à ces degrés. Il fallut un sénatus-consulte pour autoriser celui de Claude avec Agrippine, fille de son frère Germanicus.*

171. *La prohibition ne s'étend point aux oncles et tantes, nièces et neveux par alliance.*

172. *Elle n'a pas lieu, non plus, à ce degré, dans le cas de parenté naturelle.*

173. *De l'empêchement résultant de l'adoption.*

174. *La femme ne peut contracter un nouveau mariage avant dix mois révolus depuis la dissolution du premier.*

175. *Il fallait éviter la confusion des familles.*

176. *Mais généralement l'empêchement n'est que prohibitif.*

177. *De l'empêchement résultant du divorce prononcé pour cause d'adultère. Il subsiste toujours, quoique le divorce soit aboli.*

178. *Mais il n'est que prohibitif.*

179. *La prohibition n'existerait pas si l'époux innocent avait, au lieu du divorce, obtenu la séparation de corps.*

180. *Les époux divorcés ne peuvent, en principe, se réunir;*

mais le rétablissement du mariage devrait être vu avec faveur, surtout s'il y avait des enfans.

119. Les empêchemens au mariage sont de plusieurs sortes.

Les uns, tout en formant légalement obstacle à ce que le mariage soit contracté tant qu'ils subsistent, ne sont néanmoins pas une cause suffisante pour en faire prononcer la nullité (1).

Les autres sont tout à la fois un obstacle à la célébration du mariage, et en même temps une cause d'annulation de celui qui aurait été contracté: de là vient que, dans la jurisprudence, on appelle les premiers, empêchemens simplement *prohibitifs*, et les seconds, empêchemens *dirimans*.

120. Cette distinction a peut-être quelque utilité dans la doctrine, en ce que, généralement du moins, elle fait connaître d'abord les causes d'annulation du mariage et les simples obstacles à sa célébration. Mais le Code ne l'a point consacrée, probablement parce que, dans ses conséquences, elle n'aurait pas été sans quelque danger; car tel empêchement que l'on eût classé parmi ceux que l'on appelle dirimans, attendu qu'ordinairement il suffit pour faire prononcer la nullité du mariage,

---

(1) Il n'en était pas ainsi suivant les principes de la législation romaine : tout empêchement établi par la loi rendait le mariage nul de plein droit, § 12, Instit. *de Nuptiis*, et L. 5, Cod. *de Legibus*, qui s'appliquait même à toute espèce de contrats, d'actes ou de clauses que la loi avait prohibés.

pouvant, dans certains cas, se résoudre en un simple empêchement prohibitif, ainsi qu'on le verra dans la suite, le juge, lié par la disposition générale de la loi, n'aurait pu exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle a cependant voulu lui laisser d'après les circonstances de la cause. Les classifications, et surtout les qualifications des empêchemens, auraient donc eu des inconvéniens sans avantages réels pour la juste application de la loi. D'ailleurs elles appartiennent plutôt à l'école.

121. On distingue aussi, dans la doctrine, les empêchemens en relatifs et absolus. Les premiers sont ceux qui n'apportent point obstacle au mariage en général, mais qui s'opposent à ce qu'un individu le contracte avec certaines personnes : la parenté, l'alliance, sont des empêchemens de cette nature.

Les derniers sont ceux qui s'opposent à ce qu'un individu contracte mariage avec quique ce soit, tant qu'ils subsistent : par exemple, l'existence d'un premier mariage.

122. Comme la théorie des empêchemens est en corrélation intime avec celle des demandes en nullité, puisque les premiers produisent les secondes, il nous suffira de rappeler succinctement en ce moment les divers empêchemens, en remettant à traiter de leurs effets quand nous parlerons des nullités du mariage.

123. D'après la manière d'envisager les condi-

tions requises pour la validité du mariage, on peut y voir des empêchemens. En effet, les empêchemens sont des conditions *négatives*, c'est-à-dire que, pour que le mariage puisse être célébré de l'aveu de la loi, tel fait ne doit pas exister. Ainsi, par exemple, nous avons dit, et avec le Code, que l'âge compétent, quinze ans révolus pour les femmes, dix-huit ans accomplis pour les hommes, est une condition requise pour la validité du mariage; qu'il en est de même du consentement libre des contractans et de celui des personnes sous la puissance desquelles ils se trouvent relativement au mariage: l'absence de ces circonstances constitue donc des empêchemens.

124. On doit considérer comme empêchemens simplement prohibitifs :

1° Le défaut de publications (art. 192), en supposant d'ailleurs que les autres élémens constitutifs de la publicité exigée par la loi pour la célébration du mariage n'aient point été non plus négligés; car alors l'empêchement pourrait, comme on le verra par la suite, produire la nullité du mariage. (Art. 191.)

125. 2° Tout *acte* d'opposition, quelle que soit la personne qui l'ait fait signifier à l'officier de l'état civil, et sur quelque cause qu'il soit fondé, est aussi un empêchement prohibitif tant qu'il subsiste : l'officier n'est pas juge du mérite de cet acte (art. 68). Mais la *cause* de l'opposition peut consti-

tuer un empêchement dirimant. C'est ce qu'on verra plus loin.

126. 3° Le défaut de représentation à l'officier de l'état civil, des actes respectueux, dans les cas où ils sont requis (art. 157); ou, à l'égard des militaires, le défaut de représentation du consentement par écrit du ministre de la guerre ou de la marine, ou du conseil d'administration du corps, selon les distinctions précédemment établies. Le défaut de représentation des pièces nécessaires, comme les actes de naissance, ou de l'acte par lequel ils peuvent être suppléés, forme un empêchement de même nature.

Nous avons parlé des actes respectueux et de l'autorisation nécessaire aux militaires : quant aux publications et aux actes d'opposition, nous en parlerons ultérieurement.

127. Mais il existe quelques empêchemens que la loi n'a point caractérisés; en sorte qu'ils ont fait naître des opinions divergentes sur la question de savoir si le mariage contracté au mépris de ces empêchemens doit être annulé ou maintenu, ou du moins si les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire; tels sont :

128. 1° L'empêchement apporté par l'article 228 à ce que la femme contracte un mariage dans les dix mois de la dissolution du premier;

129. 2° La disposition de l'article 298, qui dé-

fend à l'époux coupable d'adultère, et contre lequel le divorce a été prononcé pour cette cause, de s'unir à son complice, même après la mort de l'époux innocent; et celle de l'article 295, qui interdit aux époux divorcés, pour quelque cause que ce soit, de pouvoir jamais se réunir. Quoique le divorce soit aboli, la question de savoir si les empêchemens créés par ces articles subsistent encore, pourra se présenter, même pendant long-temps. Elle peut aussi se présenter relativement à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère, et qui veut s'unir ou qui s'est uni à son complice depuis la mort de son conjoint;

130. 3° L'engagement dans les ordres sacrés est-il, depuis la Charte, un empêchement au mariage? et, dans le cas de l'affirmative, constitue-t-il un empêchement prohibitif, ou bien un empêchement dirimant?

Quant à ce point, *voyez* ce que nous avons dit au n° 34, note.

131. Nous traiterons des deux premiers empêchemens ci-dessus après avoir parlé de ceux qui, sans le moindre doute, créent réellement une cause de nullité du mariage.

Ces derniers sont :

1° L'état de mort civile dont est frappé l'un des contractans;

2° Le lien subsistant d'un premier mariage;

3° La parenté et l'alliance aux degrés exprimés par la loi.

Nous n'avons plus à nous occuper, si ce n'est sous le rapport de la nullité, de ce qui concerne le défaut d'âge compétent, le défaut de consentement de la part des contractans et des personnes sous la puissance desquelles ils sont relativement au mariage.

Nous ne parlons pas non plus ici du défaut d'observation des formalités relatives à la célébration, ni de la compétence de l'officier de l'état civil, parce que ces formalités et cette compétence constituent plutôt des conditions requises, comme le consentement lui-même, dont elles ont pour objet de garantir la certitude, qu'un *empêchement* au mariage, quoique leur absence soit d'ailleurs un empêchement, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Ce sera l'objet du chapitre III.

§ Ier.

De l'état de mort civile dont est frappé l'un des contractans.

132. On a vu, au titre *de la Jouissance et de la Privation des Droits civils* (1), que l'individu qui est frappé de mort civile ne peut contracter un mariage qui produise aucun effet civil; que celui qu'il avait contracté est dissous quant à tous ses effets civils. (Art. 25.)

(1) Tome Ier, n° 256.

On a même vu, au n° 25, *suprà*, que le projet de loi portait que le condamné par contumace à une peine emportant mort civile ne peut, même dans les cinq ans donnés pour purger la contumace, contracter valablement mariage, et qu'on a retranché cette disposition comme superflue, attendu que les principes généraux suffisaient.

La nullité résultant de la mort civile est perpétuelle, parce que l'obstacle est perpétuel.

133. Cependant, si l'individu rentrait, par la clémence du prince, dans la vie civile, l'incapacité étant effacée, il pourrait contracter mariage (1).

134. Si le conjoint ignorait l'état du mort civilement au moment du mariage, ce mariage produirait en sa faveur, et en faveur des enfans qui en seraient issus, tous les effets civils (art. 202), même en ce sens que ces enfans pourraient succéder aux parens du mort civilement (2).

135. Nous le décidons ainsi, même à l'égard des enfans conçus depuis l'époque où l'époux de bonne foi aurait connu l'état de son conjoint. La décision contraire tendrait à faire scinder les effets civils du mariage, tandis que l'article 202 les attribue intégralement à l'époux de bonne foi et aux enfans qui en sont issus. En continuant de cohabiter avec le mort civilement, cet époux ne commet point d'ail-

---

(1) *Voyez* tome I[er], n[os] 240 et 252.

(2) *Voyez* tome I[er], n° 257 et suivans.

leurs une action qui blesse la morale, comme celle que commettraient des individus qui, parens au degré prohibé par la loi pour le mariage, se seraient unis d'abord de bonne foi, et ayant ensuite connu leur état, auraient néanmoins continué de vivre ensemble; ou comme celle d'un individu qui, s'étant uni de bonne foi à une personne engagée dans les liens d'un premier mariage, connaîtrait ensuite l'existence de ce mariage, et continuerait cependant de vivre avec cette personne : dans le premier cas, il y aurait inceste; dans le second, adultère. Mais sans préjuger, quant à présent, la question de savoir si, dans ces deux cas, les enfans conçus depuis l'époque où la bonne foi a cessé pourraient jouir, comme ceux nés antérieurement, de tous les effets civils du mariage, nous pouvons néanmoins dire que le cas d'une union contractée de bonne foi avec le mort civilement diffère de beaucoup des précédens. La morale n'y est point outragée par la continuation de la vie commune depuis que l'erreur a été découverte. Ajoutez que la crainte de compromettre le conjoint qui n'aurait point encore prescrit la peine s'opposerait naturellement à ce que l'autre époux se séparât de lui. Cette séparation, lors même qu'elle serait faite d'un commun accord, pourrait éveiller les soupçons de la justice et la mettre sur la voie propre à en pénétrer la cause; ce qui serait une raison assez puissante pour que le conjoint n'osât pas se séparer du mort civilement.

136. Relativement au mariage contracté par le

mort civilement en pays étranger, *voyez* ce que nous avons dit au tome 1e, no 245 et suivant.

§ II.

Du lien d'un premier mariage subsistant.

137. Suivant les lois françaises, comme selon la législation romaine (1), la polygamie et la polyandrie sont interdites : en conséquence, on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. (Art. 147.)

La bigamie est même rangée en France, et dans presque tous les États de l'Europe, au nombre des crimes qui portent la plus grave atteinte à l'ordre social. Ce crime est puni, par l'article 340 du Code pénal, de la peine des travaux forcés à temps, à moins que le bigame ne puisse prouver une bonne foi qui le rende excusable (2).

138. L'officier de l'état civil qui aurait prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, serait puni de la même peine. (*Ibid.*)

139. La prohibition de contracter un second mariage avant la dissolution du premier ne résulte pas seulement de la loi religieuse; elle est fondée

---

(1) § 6, Instit. *de Nupt.;* L. 2, Cod. *de Incest., nupt.;* et L. 18, Cod. *ad Leg. Jul., de adulter.* Le christianisme repousse plus spécialement encore la bigamie, à cause de l'institution primitive établie par Dieu même. Saint Matthieu, 19, vers. 8. *Voyez* Heinneccius, *Elementa juris*, no 149.

(2) Voir ce que nous avons dit, tome Ier, no 526.

aussi sur la loi civile : en sorte que les sectateurs d'une religion qui admettrait la polygamie ne pourraient contracter en France un second mariage avant la dissolution du premier. Le Français commettrait également le crime de bigamie, si, marié, il allait épouser une autre femme dans un pays où la polygamie est permise ; les lois qui régissent sa personne le suivent partout. (Art. 3.)

Il en serait autrement si, lors du second mariage, ce Français avait perdu sa qualité de Français.

140. Mais si, malgré la défense faite par la loi à un individu engagé dans les liens d'un mariage, d'en contracter un nouveau avant d'avoir acquis la preuve de la dissolution du premier, le conjoint d'un absent contracte, de fait, une nouvelle union, cette nouvelle union, ainsi que nous l'avons dit précédemment (1), ne peut être attaquée que par l'absent, soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence (art. 139) ; car l'incertitude qui règne sur sa vie et sa mort ne permet pas que l'on s'expose à rompre un mariage qui est peut-être très-valable sous tous les rapports.

141. Quand cette incertitude n'existe plus, parce que l'absent est de retour, alors les principes reprennent leur empire ; et, selon notre opinion, contraire à celle de quelques personnes, mais con-

---

(1) Tome Ier, n° 524.

forme à celle de plusieurs autres, conforme surtout à l'honnêteté publique et à la morale, le mariage peut être attaqué par le procureur du Roi, par le nouvel époux et par le conjoint lui-même, s'il était de bonne foi lorsqu'il a contracté ce nouveau mariage (1).

142. Au reste, l'absent n'aurait pas le droit de profiter de la faute ou de l'erreur de son conjoint qui a formé une nouvelle union, pour en former lui-même une nouvelle avant la dissolution de son mariage : ce mariage subsiste encore; il n'a point été dissous par la nouvelle union du conjoint. Si la loi, lorsqu'il y a incertitude sur la vie et la mort de l'absent, enchaîne l'action du ministère public, et autorise même cet absent à se taire, elle ne l'autorise point pour cela à contracter un second mariage tant que le premier n'est pas rompu. Le principe de l'article 147 lui est donc applicable dans toute sa force.

143. De ce qu'un mariage serait susceptible d'être annulé, l'un de ceux qui l'auraient contracté ne serait point pour cela autorisé à en contracter

(1) *Voy.* encore tome I[er], n° 526, où nous professons aussi l'opinion que, en général, la disposition de l'art. 139 a été portée pour le cas où, à l'époque de la célébration du mariage, l'individu était déjà déclaré absent, attendu que cet article est placé sous le chapitre qui traite *des effets de l'absence*, par conséquent, de l'absence déclarée; mais où nous disons aussi que la disposition de cet article pourrait, à raison des circonstances, s'appliquer également au cas où l'individu n'était qu'en présomption d'absence au moment où le second mariage a été contracté.

un nouveau avant d'avoir fait prononcer en justice la nullité du premier. L'officier de l'état civil qui en connaîtrait l'existence ne devrait point prêter son ministère tant qu'on ne lui remettrait pas une expédition en bonne forme du jugement passé en force de chose jugée qui en aurait prononcé l'annulation : il s'exposerait, dans le cas où le premier mariage serait maintenu, à l'application de la disposition de l'article 340 du Code pénal, précité; et, lors même qu'à raison de l'annulation de ce premier mariage, il serait affranchi de cette peine (1), il serait toujours coupable d'une faute grave.

144. Mais quoique les principes défendent à un individu engagé dans les liens d'un mariage susceptible d'être annulé, d'en contracter un nouveau avant d'avoir fait prononcer la nullité du premier, néanmoins il est possible que, de fait, ce second mariage ait été contracté : alors, si les nouveaux époux opposent la nullité du premier, cette nullité

---

(1) Nous n'exprimons sur ce second point qu'un doute, car nous trouvons dans un arrêt de la Cour de cassation (du 19 novembre 1807, Sirey, 1813, 1, 389) ce considérant remarquable : « Attendu, sur le « second moyen, que le second mariage du réclamant ayant les « *formes extérieures de la loi*, sa nullité n'aurait point couvert le délit, « et que dès lors il n'y avait lieu *à aucune question préjudicielle*, etc. » Mais, comme on va le voir, cette jurisprudence n'a pas prévalu.

Dans l'espèce, un individu fut poursuivi criminellement pour fait de bigamie, et condamné pour ce crime à douze années de fers. Il n'avait pas fait valoir devant la Cour criminelle un prétendu moyen de nullité de forme dans le second mariage, et il voulut ensuite s'en prévaloir devant la Cour de cassation, qui n'y eut aucun égard, non-seulement parce que n'ayant pas été proposé dans la défense, les jurés avaient déclaré en fait la culpabilité; mais encore parce que, a dit la

doit être préalablement jugée (art. 189). La question élevée à cet égard est une de celles qu'en Droit on appelle *préjudicielles :* car si le premier mariage est nul, comme il n'a pu produire aucun effet, il n'a point empêché, par conséquent, l'existence du second. Mais les fausses déclarations faites pour parvenir à le faire célébrer pourraient être l'objet d'une instruction criminelle contre les contractans et contre ceux qui auraient assisté comme témoins à la célébration.

145. Les époux ne sont désignés dans l'art. 189 que d'une manière énonciative : après leur mort, ou celle de l'un d'eux, les enfans pourraient également faire valoir l'exception préjudicielle.

146. Dans le cas où l'époux accusé de bigamie, nierait l'existence valable du premier mariage, la Cour criminelle ne pourrait ni la juger elle-même, ni la faire juger par le jury : elle devrait en délaisser

---

Cour de cassation, la nullité n'aurait point couvert le délit. Cet arrêt est rapporté au *Répertoire de Jurisprudence* de M. Merlin, v° *Bigamie*, avec une observation qui n'est, certes, pas approbative de ce principe, mais qui est fautive en un point essentiel, en ce que l'auteur dit que, si l'exception de nullité eût été présentée devant la Cour criminelle, cette Cour eût dû la juger; ce qui n'est pas, ainsi qu'on va le voir au n° 146, où nous citons un arrêt, aussi de la Cour de cassation, qui a même jugé que la nullité du premier mariage couvre le délit résultant du second, en décidant que les tribunaux criminels doivent surseoir et renvoyer préalablement devant les tribunaux civils. Au surplus, cette première décision de la Cour de cassation fait voir que l'officier de l'état civil s'expose grandement en célébrant un second mariage avant que la nullité du premier ait été légalement prononcée.

la décision aux tribunaux civils, et surseoir aux poursuites criminelles juqu'à ce que les tribunaux civils eussent statué (1). En effet, les tribunaux civils sont seuls compétens pour juger les questions d'état. Peu importe qu'aux termes de l'article 198, la preuve de la célébration d'un mariage puisse résulter d'une procédure criminelle; car ce qui est jugé par les tribunaux criminels, c'est simplement le fait de suppression ou altération d'un acte de mariage réellement existant; au lieu que lorsqu'un époux accusé de bigamie oppose la nullité du premier mariage, cette exception se résout réellement en une question d'état proprement dite, question d'état d'époux, comme serait une question d'état d'enfant.

147. Si, lorsqu'à l'époque où le second mariage a été contracté, l'époux avait à faire valoir contre le premier un moyen de nullité susceptible d'être opposé seulement dans un certain temps qui se trouverait expiré au moment où le second mariage serait attaqué, cet époux aurait-il le droit de faire valoir l'exception préjudicielle? Par exemple, une fille de famille s'est mariée à l'âge de dix-huit ans sans le consentement de son père: elle avait, suivant l'ar-

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation, section criminelle, le 25 juillet 1811. Sirey, 1813, 1, 390.

Cet arrêt a toutefois décidé que la Cour criminelle n'était point, par suite de l'exception préjudicielle de l'accusé, obligée d'ordonner sa mise en liberté provisoire.

ticle 183, le droit d'attaquer son mariage jusqu'à ce qu'elle eût accompli sa vingt-deuxième année, s'il n'y avait pas eu ratification expresse ou tacite de la part du père, et il n'y a en effet pas eu de ratification. Elle s'est de nouveau mariée avant cet âge. Le premier époux qu'elle avait quitté, instruit de l'existence de ce mariage, mais postérieurement à l'époque où la femme a eu accompli sa vingt-deuxième année, en demande la nullité, aux termes des articles 147, 184 et 188, combinés.

Cette femme n'a pu, par son délit, prolonger la durée de l'action en nullité que la loi lui donnait, il est vrai, contre son premier mariage, mais qu'elle ne lui donnait que sous la condition de l'exercer dans un certain temps qu'elle a laissé passer : le premier mariage est devenu inattaquable, et le second doit être annulé. Il y a véritablement bigamie, parce que le premier mariage subsistait réellement. Les mariages ne sont pas nuls de plein droit, si ce n'est peut-être dans le cas de mort civile; et encore, comme il y a un acte public, il est plus régulier d'en faire prononcer l'annulation lorsque le conjoint du mort civilement veut contracter un nouveau mariage. *Voyez*, au surplus, en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, du 8 avril 1811 (Sirey, 1813, 1, 388), qui a rejeté le pourvoi formé contre une décision de la Cour de Nancy, chambre des mises en accusation : « Attendu, porte ce dernier arrêt, « que les irrégularités reprochées à l'acte de mariage « n'en opéreraient pas la nullité, et qu'en tout cas

« ce ne serait là qu'une action en nullité susceptible d'être couverte par le renonciateur (1) ».

§ III.

De la parenté et de l'alliance.

148. La parenté est un lien qui unit deux personnes par des rapports dérivant de la nature ou de la loi.

149. On distingue trois sortes de parenté : la parenté purement naturelle, c'est-à-dire le lien qui unit les enfans naturels (2) et leurs descendans à leurs père et mère, et aux parens de ceux-ci;

La parenté naturelle et civile tout à la fois, et que, pour cela, on appelle parenté mixte : elle a lieu entre les enfans légitimes, leurs père et mère, et tous les parens de ces derniers.

Dans l'un et l'autre cas, la parenté s'appelle aussi consanguinité, puisqu'elle est formée par le sang.

La troisième est la parenté purement civile, parce qu'elle est l'effet de la loi seule : c'est celle qui résulte de l'adoption. Elle a lieu entre l'adoptant, l'adopté et les descendans de celui-ci, ainsi qu'entre l'adopté et les enfans légitimes ou adoptifs de l'adoptant.

---

(1) *Voyez* aussi l'arrêt de la Cour de cassation cité au n° 143, note.

(2) En Droit, le mot enfant *naturel* se prend dans diverses acceptions. Opposé au mot *légitime*, il désigne l'enfant né hors mariage; opposé au mot *adoptif*, il signifie l'enfant légitime et quelquefois l'enfant naturel de l'adoptant.

150. On distingue dans la parenté (1) la ligne et le degré.

La ligne est la série des parens : elle est directe ou collatérale. Elle se forme de la suite des degrés.

La ligne directe est la série de ceux qui descendent l'un de l'autre. Les individus qui la composent sont désignés sous la dénomination générique *d'ascendans* et de *descendans;* aussi la ligne directe se divise-t-elle en ligne ascendante et en ligne descendante. (Art. 736.)

La ligne collatérale est la série des personnes qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent néanmoins d'un auteur commun. (*Ibid.*)

151, Le degré est la distance d'un parent à un autre parent. Les degrés se comptent par génération. (Art. 735.)

Ainsi, dans la ligne directe, autant il y a de personnes engendrées, autant il y a de degrés : le fils est à un degré de son père, le petit-fils à deux degrés de son aïeul, etc. (Art. 737.)

Dans la ligne collatérale, les degrés se comptent en partant de l'un des parens et remontant jusqu'à l'auteur commun, qui n'est pas compté, et en redescendant à l'autre parent; et autant, d'après ce calcul, il se trouve dans les deux lignes de personnes engendrées, autant il y a de degrés de pa-

(1) Mais, à proprement parler, il n'y a pas de degrés dans *l'alliance*, parce que les alliés ne descendent point les uns des autres, ni d'un auteur commun.

renté : il y en a donc deux entre deux frères, trois entre un oncle et son neveu, quatre entre deux cousins germains, et ainsi de suite. (Art. 738.)

152. L'alliance ou l'affinité est le lien qui unit l'un des époux aux parens (1) de l'autre époux : *Est necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos.* D'où il suit que tous les parens de ma femme sont mes alliés, comme tous mes parens sont les alliés de ma femme.

153. Les prohibitions de mariage pour cause de parenté ou d'alliance étaient autrefois fort étendues, et la discipline ecclésiastique avait beaucoup varié sur ce point, selon les temps.

Voici les règles que le Code civil a établies à cet égard, en matière de parenté naturelle ou mixte, et en matière d'alliance. Quant à la parenté civile, nous en parlerons plus loin.

---

(1) Aux *parens*, mais non aux *alliés* de l'autre époux. Ainsi la femme du frère de mon épouse n'étant point la *parente*, mais l'alliée de celle-ci, n'est pas, par conséquent, mon alliée, et il n'y a point entre elle et moi prohibition de mariage pour cette cause. Après avoir dit que tout juge peut être récusé s'il est parent ou *allié* de l'une des parties, l'article 378 du Code de procédure ajoute qu'il peut être aussi récusé si sa femme est parente ou *alliée* de l'une des parties : donc l'allié de la femme du juge n'est pas l'allié de ce dernier; autrement ce second cas de récusation ne serait que la répétition du premier. Dans la société on regarde ordinairement comme alliés, comme beaux-frères, ceux qui ont épousé les deux sœurs : mais il n'y a point alliance entre eux dans le sens de la loi; il y a toutefois alliance suivant les règles canoniques. (*Voyez* Pothier, n° 161.) Mais le concile de Latran leva la prohibition de mariage pour cette prétendue affinité.

154. 1° « En ligne directe, le mariage est pro« hibé entre tous les ascendans et descendans légi« times ou naturels, et les alliés dans la même « ligne. » (Art. 161.)

Tous les peuples ont eu en horreur les mariages entre les ascendans et les descendans. De telles unions sont repoussées par les lois divines et humaines. (M. Portalis, *Exposé des motifs.*)

155. Puisque le mariage est prohibé entre tous les ascendans et descendans légitimes ou naturels et les *alliés* dans la même ligne, il faut conclure de là que l'*affinité* naturelle est un empêchement dans toute la ligne : ainsi je ne puis épouser la veuve de mon père *naturel* ni la veuve du père de celui-ci; comme, *vice versâ*, mon père naturel ne peut épouser ma veuve ni la veuve de mon fils.

156. La discipline ecclésiastique reconnaît une autre sorte d'affinité (1) dont elle a fait aussi, dans

(1) Le dernier canon du concile d'Ancire, tenu en l'année 304, et le concile de Trente, chap. 4 de la session 24, ainsi que plusieurs décrétales, ont reconnu cette *sorte* d'affinité. Un arrêt du 20 août 1664 a même cassé un mariage sur la preuve qui fut faite que le mari avait publiquement entretenu la fille de sa femme. *Voyez* Pothier, *du Mariage*, n° 162 et suiv.

La loi 4, Cod. *de Nupt.*, porte : *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt.* Mais tout en disant qu'il est à croire que les Romains, religieux observateurs des mœurs, repoussaient le mariage entre un individu et la fille de celle avec laquelle il avait vécu en mauvais commerce, Pothier fait néanmoins observer que cette loi ne décide cependant pas la question telle qu'elle peut se présenter aujourd'hui, attendu qu'elle statue sur le cas du concubinage, qui, chez les Romains, était une sorte de mariage, quoique les enfans qui en provenaient fussent enfans naturels.

certains cas, un empêchement de mariage. Elle dérive du concubinage, et a lieu entre l'individu qui a vécu en mauvais commerce avec une femme, et les enfans de celle-ci, ou *vice versâ.*

157. Cette sorte d'affinité, comme l'appelle Pothier, forme-t-elle, dans le Droit actuel, un empêchement au mariage?

D'abord la négative ne peut être douteuse dans le cas où la preuve du commerce illicite ne serait pas acquise, soit par un précédent mariage annulé, soit par la reconnaissance que les individus auraient faite l'un et l'autre d'un enfant naturel. Les allégations de l'opposant, que l'un des futurs a vécu en mauvais commerce avec le père ou la mère de celui ou de celle qu'il se propose d'épouser, fussent-elles appuyées sur une rumeur publique plus ou moins fortement prononcée, ne devraient point être écoutées : la loi actuelle, qui prohibe la recherche de la paternité, ne permet pas la preuve de faits de cette nature. Ce serait livrer la vie des citoyens à des investigations tout-à-fait contraires à son esprit, et ressusciter des abus dont le moindre inconvénient était le scandale qui en était inséparable. La question a été jugée en ce sens par la Cour de Nîmes, le 3 décembre 1811, (Sirey, 1812, 2, 438), dans une espèce où cependant c'était le père qui s'opposait au mariage de sa fille majeure, en alléguant que celui qu'elle se proposait d'épouser avait vécu avec sa femme, mère

de cette fille, avant qu'elle fût mariée, et depuis. « Considérant, porte l'arrêt, que l'article 161 du « Code civil, qui prohibe le mariage entre les as- « cendans et les descendans, légitimes ou naturels, « et les alliés dans la même ligne, doit être entendu, « tant à l'égard des ascendans et descendans et al- « liés naturels, qu'à l'égard des légitimes, d'une « affinité ou d'une parenté *déjà constante et légale-* « *ment établie* à l'époque où l'empêchement est op- « posé, genre de preuve qui n'existe point dans « l'espèce de la cause; rejette l'appel de l'opposant. »

158. Dans l'esprit de cet arrêt, que nous croyons être aussi celui de la loi, comme il faut que *l'affinité soit légalement* établie au moment de l'opposition, le mariage ne serait point non plus interdit dans le cas dont nous venons de parler, quand bien même le concubinage se trouverait prouvé par la reconnaissance d'un enfant naturel faite par l'une et l'autre personne; car le concubinage n'est point *légal*, et par conséquent il ne saurait produire une *affinité légale* entre un des individus qui s'y sont livrés et les descendans ou ascendans de l'autre. C'est d'ailleurs un fait qui peut n'être que peu notoire, et les mœurs publiques seraient plus sensiblement affectées par l'admission des oppositions pour une telle cause, et par l'éclat qu'elles feraient nécessairement, qu'elles ne le seraient par le mariage lui-même. « Gardons-nous, disait M. Por- « talis (*Exposé des motifs*), de donner à cette cen-

« sure, confiée au ministère public pour l'intérêt « des mœurs et de la société, une étendue qui la « rendrait oppressive, et qui la ferait dégénérer en « inquisition. Le ministère public ne doit se mon- « trer que quand le vice du mariage est notoire, « quand il est subsistant, ou quand une longue « poursuite n'a pas mis les époux à l'abri des re- « cherches directes du magistrat. *Il y a souvent plus « de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit « obscur, ancien ou ignoré, qu'il y en a dans le délit « même.* »

159. Mais si le mariage de deux individus était annulé pour une cause quelconque, nous pensons qu'il pourrait être interdit à l'un d'eux d'épouser l'enfant de l'autre. Les bonnes mœurs seraient, en effet, gravement offensées, si un individu, après avoir publiquement épousé la mère, pouvait aussi épouser la fille (§ 9, Inst. *de Nuptiis*). Ajoutez, d'ailleurs, que si, attendu la bonne foi des époux, le mariage annulé était susceptible de produire tous ses effets civils, aux termes de l'article 201, l'alliance pourrait être considérée comme existant aux yeux de la loi entre l'un d'eux et les enfans de l'autre. Dans ce cas, l'empêchement pourrait être dirimant; mais, dans l'hypothèse où l'article 201 ne serait point applicable, l'empêchement pourrait n'être que simplement prohibitif.

160. Au reste, il est indifférent, quant à la prohibition, que la parenté d'où vient l'alliance soit

adultérine ou incestueuse, ou naturelle simple : la loi ne distingue pas. Ainsi, un mari devenu veuf ne pourrait épouser la fille que sa femme avait eue d'un premier mariage, et qui avait été désavouée par le premier mari. Pareillement, un oncle, au mépris de la loi, avait épousé sa nièce ; de ce mariage, qui a été annulé, est née une fille. La mère, après s'être remariée, est venue à décéder : la fille ne pourra épouser le second mari de sa mère.

161. 2° En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré. (Art. 162.)

Et il n'y a aucune différence à cet égard entre les consanguins ou les utérins par rapport aux germains, et les germains entre eux (1).

« La famille, disait M. Portalis, dans l'*Exposé* « *des motifs*, est le sanctuaire des mœurs ; et l'espé- « rance du mariage entre des êtres qui vivent sous « le même toit, et qui sont déjà invités par tant de « motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allu- « mer des désirs criminels et entretenir des désor- « dres qui souilleraient la maison paternelle, en « banniraient l'innocence, et poursuivraient ainsi « la vertu jusque dans son dernier asile. »

---

(1) Mais il n'y a ni parenté ni affinité entre un enfant que j'ai eu d'un premier mariage, et celui qu'a eu aussi, d'un premier mariage, la femme que j'ai épousée en secondes noces ; et lors même qu'il y aurait des enfans de cette nouvelle union, l'enfant de mon premier lit pourrait épouser celui de ma femme. § 8, Inst., *de Nuptiis.* Ces enfans sont appelés *comprivigni*, dans le Droit romain.

Ces raisons, exprimées avec éloquence, n'ont toutefois pas prévalu chez tous les peuples : le mariage entre le frère et la sœur était en usage chez les anciens Perses, et la loi de Moïse l'autorisait aussi, mais entre les frères et sœurs qui n'étaient pas unis par le double lien.

Quant aux alliés, on s'est décidé par les principes ecclésiastiques, suivant lesquels les époux ne font qu'une seule et même chair. Cependant, si, suivant le Lévitique (xx, xxi, et au chap. xvii, *vers.* 16), le mariage était interdit entre les alliés à ce degré, il était recommandé par le Deutéronome (xxv, 5) lorsque le défunt n'avait pas laissé d'enfans ; auquel cas son frère *devait* épouser la veuve. (Pothier, n° 154, note)

D'après la loi du 16 avril 1832, l'article 164 du Code civil est rectifié ainsi qu'il suit :

« Néanmoins il est loisible au Roi de lever, pour « des causes graves, les prohibitions portées par « l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et « belles-sœurs, et par l'article 163, aux mariages « entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. »

Ainsi le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur n'est plus prohibé d'une manière absolue, puisque l'empêchement peut être levé.

162. Mais de ce que, en principe, le mariage est interdit entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré, il suit de là que je ne puis, sans dispense, épouser la sœur,

même naturelle de ma femme ; mais, comme nous le dirons plus loin, je puis très bien épouser la fille de cette sœur, celle-ci fût-elle sœur légitime de ma femme.

163. La prohibition ne s'applique point seulement au cas où les individus voudraient contracter mariage en France : elle les suit partout, parce qu'elle est un statut personnel qui accompagne le Français même en pays étranger. En conséquence de ces principes, on doit décider que le mariage contracté en pays étranger entre un Français devenu veuf et sa belle-sœur, ou *vice versâ*, peut être déclaré nul, quand bien même il n'aurait point été transcrit sur les registres de l'état civil en France, et que les époux ne prendraient point publiquement cette qualité. Le ministère public a le droit d'en faire prononcer l'annulation, conformément aux articles 3, 162, 170 et 184, combinés. La Cour de Colmar avait néanmoins jugé le contraire, par la considération que le mariage n'avait pas été transcrit sur les registres de l'état civil en France, et que les époux ne prenaient point publiquement cette qualité; mais sa décision a été cassée par arrêt du 8 novembre 1824. (Sirey, 1824, 1, 428.)

164. Il en devrait être ainsi, lors même que la femme serait étrangère et appartiendrait à une nation chez laquelle le mariage serait permis entre les beaux-frères et les belles-sœurs. L'action en

nullité serait ouverte non-seulement au ministère public et au mari (art. 184), mais elle le serait aussi à la femme; car si, en ce qui la concernait personnellement, cette femme ne violait pas la loi spéciale de son pays, elle violait du moins la loi générale de tous les pays civilisés, qui proscrit l'inceste : or, d'après nos lois, son mari commettait un inceste; donc le mariage ne pouvait être contracté entre eux. L'empêchement dont il s'agit n'est pas comme celui qui résulte du défaut d'âge compétent, lequel est relatif : cet empêchement est absolu, en sorte que l'incapacité de l'un des contractans rejaillit sur l'autre. Enfin, par son mariage, cette femme étrangère devient Française, et par conséquent son union l'a conduite à un point où elle ne peut vivre avec son beau-frère français sans commettre un inceste; et c'est le cas de dire : *Corrumpitur conventio, si in eum casum inciderit à quo incipere non potuisset.*

165. Quoique cette dernière raison ne soit point applicable au cas inverse, celui où c'est le mari qui est étranger et que la femme est française, la nullité n'en aurait pas moins lieu : car, pour prétendre que la femme française est affranchie, par son mariage avec un étranger, de l'obligation d'observer les lois françaises qui régissent sa capacité personnelle, il faut supposer, ce que l'on nie, que son mariage est valable. Ce serait ainsi mettre l'effet avant la cause.

166. Dans le cas où l'une des deux personnes qui se proposent de contracter mariage serait enfant naturel non reconnu, le ministère public, quoiqu'il ait, ainsi que nous le démontrerons plus tard, le droit de s'opposer à la célébration des mariages dont il pourrait demander la nullité aux termes de l'article 184, le ministère public, disons-nous, n'aurait pas le droit, pour s'opposer à celui dont il s'agit, de rechercher la paternité contre l'enfant, sur le motif que les individus sont frère et sœur ou alliés naturels. Cette recherche est interdite (art. 340) d'une manière absolue. On doit, selon nous du moins, porter la même décision, encore que ce fût la maternité que le ministère public voulût rechercher : cette recherche pourrait compromettre l'honneur d'une femme sans motif réel. Si l'article 341 l'autorise en faveur de l'enfant, c'est lorsqu'il a un commencement de preuve par écrit, et qu'il offre de prouver qu'il est identiquement le même dont la femme est accouchée. Mais si le ministère public était muni de cette preuve, et qu'il offrît d'établir clairement l'identité, son opposition, prévenant un inceste, devrait être accueillie.

167. Une fille naturelle non reconnue épouse Paul, qui, âgé de plus de vingt-cinq ans, s'est marié sans le consentement de son père, et après lui avoir fait signifier les actes respectueux requis. Le père reconnaît ensuite comme sa fille naturelle

celle qui est maintenant sa bru; le mariage devra-t-il être annulé?

En principe, nous ne le croyons pas, 1° parce qu'il ne doit pas être laissé au pouvoir du père de faire ainsi arbitrairement annuler un mariage qui est peut-être très valable; 2° parce que ce serait mettre dans la main des époux le moyen très facile de divorcer par consentement mutuel; 3° enfin, parce que, ainsi que l'a reconnu l'arrêt de la Cour de Nîmes cité au n° 157, il faut, du moins en général, pour que la parenté soit un obstacle au mariage, qu'elle soit constante et légalement établie au moment où l'empêchement est opposé. Nous répondons ainsi à l'argument tiré de ce que la reconnaissance a un effet rétroactif au jour de la naissance. Mais si la reconnaissance ne présentait aucun caractère de fraude, si elle était le résultat d'un concours de circonstances propres à porter une conviction intime dans l'esprit des juges, surtout si elle était faite par une mère, alors il devrait y avoir lieu à l'annulation du mariage, qui produirait toutefois tous ses effets civils, attendu la bonne foi des époux.

168. 3° Le mariage est aussi prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 163); et d'après un avis du Conseil d'État, approuvé le 7 mai 1808, il est également prohibé entre le grand-oncle et la petite-nièce; et par la même raison, il doit l'être entre la grand'tante et le petit-neveu; en un

mot, entre ceux *qui inter eos se referunt imaginem parentum et liberroum.*

169. Mais il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, la prohibition portée à l'article 163, et celles résultant de l'interprétation du Conseil d'État (art. 164). Les formes à suivre sont celles que nous avons rapportées en parlant des dispenses d'âge, n° 21.

170. Le mariage était également prohibé chez les Romains entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, et ainsi de suite; et ce fut pour s'affranchir de la loi, que l'empereur Claude, violemment épris des charmes d'Agrippine, fille de son frère Germanicus, et séduit par elle, fit rendre un sénatus-consulte qui permettait aux oncles d'épouser la fille de leur frère. Mais Suétone (vie de Claude) dit que ces mariages furent toujours regardés comme incestueux, *quæ ad id tempus incesta habebantur,* et que Claude n'eut pas d'imitateurs : *non repertis qui sequerentur exemplum.*

171. En rapprochant l'article 163 des deux précédens, l'on voit clairement que la prohibition ne s'étend point aux oncles et tantes, nièces et neveux par *alliance;* en sorte que si je ne puis épouser la sœur légitime ou naturelle de ma femme (art. 162), je puis du moins épouser la fille naturelle ou légitime de cette sœur.

172. Le Code ne reconnaît aussi la parenté *na-*

turelle, même quant aux prohibitions de mariage, qu'entre les ascendans et les descendans, et les frères et sœurs. Ainsi je puis épouser sans dispense la fille de mon frère ou de ma sœur naturels; je puis, par la même raison, épouser la fille naturelle de mon frère ou de ma sœur, même légitimes.

173. Comme l'adoption est une image de la parenté légitime, on a voulu mettre la fiction en harmonie avec la réalité : pour cela, on a cru devoir établir des prohibitions de mariage entre l'adoptant (1), l'adopté, et ses descendans;

Entre les enfans adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfans (2) qui pourraient survenir à l'adoptant;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. (Art. 348.)

§ IV.

De l'empêchement résultant du délai que doit observer la femme entre la dissolution d'un premier mariage et la célébration d'un nouveau.

174. Suivant l'article 228, la femme ne peut

(1) Mais non entre les ascendans de l'adoptant et l'adopté. En cela, la fiction n'est point en concordance avec les effets de la parenté légitime. Serait-ce parce que ceux de l'adoption ne commencent que dans la personne de l'adoptant? Mais ne serait-il pas inconvenant, et contraire aux principes, qu'une fille adoptive fût cependant la belle-mère de son père adoptif? qu'elle fût ainsi tout à la fois, à l'égard du même individu, descendante et ascendante?

(2) Même naturels : la loi ne distingue pas.

contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du premier.

Et d'après l'article 194 du Code pénal, l'officier de l'état civil doit être puni d'une amende de 16 fr. à 300 fr., lorsqu'il a reçu avant ce terme l'acte de mariage.

175. Le législateur a eu pour objet d'éviter la confusion des familles, ce qu'on appelle en Droit *partûs confusio*; car, si une femme se remariait aussitôt après la mort de son mari, et qu'elle vînt à accoucher après les cent quatre-vingts jours, mais avant les trois cents jours depuis la dissolution du premier mariage, l'enfant, d'après les présomptions de la loi, pourrait être réputé le fruit des œuvres du premier mari comme celui des œuvres du second, parce qu'en effet les lois de la nature se prêteraient à l'une et à l'autre supposition. Son état serait donc incertain. Nous traiterons, au surplus, de ce cas en parlant de *la paternité et de la filiation.*

176. Mais l'empêchement créé par l'article 228 est-il dirimant ou simplement prohibitif?

Il est bien vrai que la disposition est conçue en termes absolus (la femme ne peut); néanmoins la loi n'a pas prononcé la peine de nullité, ni dans cet article ni dans aucun de ceux qui se trouvent placés au chapitre des *Demandes en nullité du mariage :* dès lors il y aurait une rigueur exagérée à annuler l'acte le plus important et le plus favorable de la vie civile, par l'application trop étendue de cet ar-

ticle, qui n'a créé qu'un empêchement temporaire, de précaution et de police, quand d'ailleurs, pour en remplir le vœu et en assurer l'exécution, il est des moyens suffisans dans l'attention des officiers de l'état civil, dans la peine qui maintenant leur est infligée (art. 194, Cod. pén.), et dans la surveillance active des magistrats exerçant le ministère public. Enfin, si l'article devait être entendu avec cette rigueur, il faudrait annuler le mariage d'une femme parvenue à un âge où, ne pouvant plus concevoir, la confusion de part ne serait plus à craindre; et c'est ce qui nous paraîtrait aussi contraire à l'esprit de la loi qu'à la raison. Il faudrait aussi, pour être conséquent, annuler le mariage contracté seulement quelques jours, un jour même avant l'expiration des dix mois, encore que le premier mari eût été pendant un temps plus ou moins long avant sa mort dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme, par l'effet de la maladie qui l'a conduit au tombeau, ou pour autre cause. Une doctrine aussi absolue ne saurait être admise. Nous considérons donc l'empêchement comme simplement prohibitif, du moins généralement. La question a été jugée en ce sens, le 3 juillet 1807, par la Cour de Dijon, dont l'arrêt a été confirmé par la Cour de cassation, le 29 octobre 1811. (Sirey, 1812, 1, 46.) Même décision rendue par la Cour de Colmar le 7 juillet 1807. (Sirey, 1809, 2, 168.) (1)

---

(1) Celle de Trèves a jugé, le 30 avril 1806 (Sirey, 6, 2, 139),

§ V.

Des empêchemens qui naissent du divorce.

177. Suivant les principes du Code civil, l'adultère n'est un empêchement au mariage que dans un seul cas, lorsque le divorce a été admis en justice pour cette cause. Alors, d'après l'article 298, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice.

Cet empêchement est perpétuel; en sorte que l'époux coupable ne peut épouser son complice, même après la mort de l'époux innocent.

Le divorce est aboli par la loi du 8 mai 1816; mais les lois n'ayant pas d'effet rétroactif, celui produit par le divorce prononcé avant cette loi doit continuer de subsister, tellement que l'époux coupable ne pourrait, même aujourd'hui, du moins selon notre opinion, épouser son complice, quoique le conjoint fût décédé.

178. Mais cet empêchement est-il simplement prohibitif, ou est-il dirimant?

Malgré les termes absolus de l'article 298, nous pensons qu'il n'est que prohibitif. L'article 184,

---

que l'officier de l'état civil s'était sagement refusé à la célébration d'un nouveau mariage qu'une femme voulait contracter dans les dix mois de l'*annulation* du premier. En vain la femme prétendait-elle qu'un mariage annulé est censé n'avoir pas existé, et en conséquence, que l'article 228 n'est pas applicable à ce cas : la Cour a pensé avec raison qu'il pouvait également y avoir lieu à la confusion de part, et qu'il fallait l'éviter.

qui énumère les cas dans lesquels le ministère public peut demander la nullité du mariage, ne parle point de celui dont il s'agit. Or, d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'action en nullité, dans l'esprit de la loi sur le mariage, ne peut être exercée hors les cas formellement prévus. D'ailleurs, on ne saurait dire que nous rendons ainsi la loi illusoire, car la prohibition prononcée par elle aura un puissant effet, et cet effet sera même rarement éludé. L'empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage est bien d'une nature plus grave; et cependant, quand l'un des époux est absent, cet empêchement, dans le fait, n'est plus en quelque sorte qu'un empêchement prohibitif, puisqu'il n'y a que l'époux absent qui ait le droit d'attaquer le nouveau mariage, par lui-même ou par son fondé de pouvoir. (Art. 139.)

179. Mais le Code se tait sur le cas où l'époux innocent aurait, au lieu du divorce, obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère. L'époux coupable, devenu veuf, peut-il épouser son complice? La raison de décider pour l'affirmative paraît être la même que dans le cas du divorce; et cependant nous ne pensons pas que l'on doive, en l'absence d'une loi expresse, étendre la prohibition d'un cas à l'autre. La jurisprudence de la Cour de cassation est aujourd'hui formelle : les dispositions pénales du titre du divorce ne s'appliquent

point au cas de séparation de corps (1). En conséquence, comme l'empêchement est une incapacité, dès lors une sorte de peine, nous croyons qu'il n'a pas lieu dans ce cas.

180. Quant à l'empêchement temporaire, créé par l'article 297, pour le cas où les époux ont divorcé par consentement mutuel, il est clair que maintenant il est sans application, du moins si l'on ne consulte que la loi civile.

Mais l'empêchement perpétuel et relatif prononcé par l'article 295, qui défend aux époux divorcés, pour quelque cause que ce soit, de se réunir, est-il maintenant sans effet?

En principe, on devrait décider la question négativement. Cette prohibition était une peine portée pour mettre un frein au divorce. On n'avait pas voulu et on n'avait pas dû permettre que le mariage pût être considéré comme un simple contrat ordinaire; qu'il fût loisible de le rompre et de le rétablir tour à tour. Par leur séparation, les époux avaient donné la preuve qu'ils n'étaient pas nés l'un pour l'autre. Cependant comme, d'une part, l'empêchement n'était probablement pas dirimant, et que, d'autre part, la réunion des époux est fa-

(1) Cette Cour a notamment décidé, par plusieurs arrêts de cassation, que la révocation des donations prononcée contre l'époux ingrat par l'article 299, dans le cas du divorce, n'a pas lieu dans celui de simple séparation de corps. L'un de ces arrêts est du 17 juin 1822 (Sirey, 1822, 1, 359); un autre, du 19 août 1823. (Sirey, 1824, 1, 30.

vorable dans l'état de nos mœurs, surtout lorsqu'il y a des enfans, il est à croire que si quelque opposition était formée sur cette seule cause, les tribunaux en donneraient main-levée, encore qu'elle eût été signifiée à la requête du ministère public, ce qui très probablement n'aura pas lieu.

Telles sont les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Nous allons parler des oppositions que l'on peut former à sa célébration, et qui sont généralement la conséquence de l'inaccomplissement de ces conditions.

CHAPITRE II.

Des oppositions au mariage.

SOMMAIRE.

181. *En général, du droit de consentir au mariage dérive celui de s'opposer à ce qu'il soit célébré.*
182. *Le droit d'opposition est bien moins étendu qu'il ne l'était dans l'ancienne jurisprudence.*
183. *Dans le système du Code, le droit d'opposition est, en général, fondé sur la qualité de la personne à qui il est attribué.*
184. *Division du chapitre.*

181. En général, du droit de consentir au mariage dérive celui de s'opposer à ce qu'il soit célébré. Il vaut mieux, d'ailleurs, prévenir un mariage qui serait contracté au mépris de la loi, que d'avoir ensuite à le faire annuler.

182. Mais la loi actuelle s'éloignant des usages abusifs de l'ancienne jurisprudence, qui autorisait

des oppositions dictées plutôt par l'ambition ou la vanité, que par un véritable attachement pour la personne, a resserré ce droit dans des limites qu'il n'est pas permis de franchir. Ces limites sont-elles trop étroites? l'intérêt des familles est-il suffisamment garanti par elles? ou fallait-il gêner davantage la faculté naturelle qu'a tout homme, doué de la plénitude de sa raison, de former un engagement dans lequel son intérêt est placé en première ligne, et qui, trompant toutes les prévisions, peut cependant lui procurer une existence plus heureuse? Ce sont des questions théoriques, susceptibles, selon nous, d'être jugées en sens divers, suivant la manière d'envisager les inconvéniens de l'un et de l'autre système. Quoi qu'il en soit, c'est après avoir mûrement pesé les uns et les autres, que le législateur a cru devoir poser ces limites, aimant mieux tolérer ainsi quelques unions désavouées par les convenances sociales, et même par la raison générale, que d'exposer une foule de mariages à subir des entraves suscitées par la cupidité ou apportées par un zèle irréfléchi.

183. C'est par ces motifs qu'il a jugé utile de ne point séparer les causes des oppositions au mariage, des personnes auxquelles il a donné le droit de les former, parce que, quelquefois, la qualité de l'opposant renferme implicitement la cause de l'opposition, comme dans le cas où elle est formée par un ascendant, et que, d'autres fois, c'est la cause

qui donne qualité à l'opposant, comme dans celle formée par les collatéraux à raison de la démence du futur époux.

Nous aurons à voir sur ce sujet :

184. 1° Quelles sont les personnes qui peuvent former opposition au mariage, et les causes qui autorisent les oppositions;

2° Les formes à suivre, et comment les oppositions sont jugées.

SECTION PREMIÈRE.

Quelles sont les personnes qui peuvent former opposition au mariage, et quelles sont les causes qui autorisent les oppositions.

SOMMAIRE.

185. *Quatre classes de personnes peuvent former opposition à la célébration du mariage.*

186. *Ce droit appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des parties contractantes.*

187. *Mais une promesse de mariage ne donne pas ce droit; en principe, elle est sans effet.*

188. *Les pères, mères, et autres ascendans, peuvent former opposition, encore que l'enfant ait plus de vingt-cinq ans accomplis.*

189. *Ils ne le peuvent que dans l'ordre tracé relativement au consentement.*

190. *Leur droit n'est pas limité à certaines causes : il est absolu.*

191. *Mais lorsque l'enfant a acquis l'âge compétent pour pouvoir contracter mariage par l'effet de sa seule volonté, l'opposition des ascendans est rejetée, si elle n'est fondée sur un empêchement d'ordre public ou sur l'état de démence de l'enfant.*

192. *Arrêt de cassation, fondé sur la loi, qui donne lieu de*

regretter qu'elle n'ait pas plus étendu le droit d'opposition dans la personne des ascendans.

193. *A défaut d'ascendans, les collatéraux de la qualité exprimée à l'article* 174 *ont personnellement le droit de former opposition pour défaut de consentement du conseil de famille, dans le cas où il était requis, et pour démence du futur époux.*

194. *Les alliés n'ont jamais personnellement le droit d'opposition.*

195. *L'ascendant placé dans l'impossibilité de manifester sa volonté est considéré comme n'existant pas; en conséquence, l'article* 174 *reçoit aussi son application dans ce cas.*

196. *Il n'est pas nécessaire, lorsque l'opposition est fondée sur la démence, que l'opposant poursuive l'interdiction avant que la main-levée de l'opposition soit demandée.*

197. *A défaut d'ascendans, le conseil de famille peut, par une délibération, charger le tuteur, ou un de ses membres, de former opposition au mariage du mineur de vingt-un ans.*

198. *Cela ne peut s'appliquer à l'individu* majeur *non interdit, lors même qu'il serait en état de démence: alors il n'y a que les parens de la qualité exprimée à l'article* 174 *qui aient le droit de former opposition.*

199. *Si l'individu était interdit, le tuteur, en sa seule qualité, pourrait former opposition, et le conseil de famille pourrait lui ordonner de le faire.*

200. *Il est du devoir des parens qui n'ont pas qualité pour former opposition, et qui ont connaissance d'un empêchement d'ordre public, d'en prévenir l'officier de l'état civil, et même le ministère public.*

201. *Dans le cas d'inceste, de bigamie et d'incompétence de l'officier de l'état civil, le ministère public a le droit de s'opposer à la célébration du mariage.*

202. *Il peut interjeter appel du jugement qui a rejeté son opposition.*

203. *De quelque personne que provienne l'opposition, l'officier de l'état civil ne doit point célébrer le mariage que la main-levée ne lui en ait été remise.*

204. ***L'officier de l'état civil doit faire, sans délai, mention sommaire des oppositions sur le registre des publications.***

185. Quatre sortes de personnes peuvent former opposition au mariage :

1° Le conjoint;

2° Les ascendans;

3° Les collatéraux, sous les distinctions exprimées par la loi;

4° Le ministère public, dans certains cas.

C'est ce que nous allons expliquer successivement.

186. « Le droit de s'opposer à la célébration du « mariage, porte l'article 172, appartient à la per-« sonne engagée par mariage avec l'une des deux « parties contractantes. »

Cette personne devait incontestablement avoir la faculté de défendre son titre, et d'empêcher l'usurpation de ses droits.

187. Mais une simple promesse de mariage arrêtée entre deux personnes ne motiverait point l'opposition. Elle n'est point obligatoire. Quant à la question de savoir si la convention de payer une somme en cas d'inexécution, et qu'on appelle *dédit*, constitue une obligation valable, nous la décidons, en principe, pour la négative, au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général* (1). La jurisprudence est conforme à notre opinion. Du reste, l'inexécution de la promesse de mariage

---

(1) Tome x, n°s 319 et suiv., et tome xi, n° 329.

peut, suivant les circonstances, donner lieu à des dommages et intérêts, si elle a réellement causé un préjudice.

188. On a vu précédemment que, pour être valablement contracté, le mariage des mineurs doit être célébré avec le consentement des ascendans; en conséquence, le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut des père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfans et descendans. (Art. 173.)

189. Et l'on suit à cet égard l'ordre tracé par les articles 148, 149 et 150, relativement au consentement; en sorte que si les père et mère consentent au mariage, ou même s'ils gardent le silence, lorsqu'ils sont en état de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules sont sans droit à former opposition, puisque le mariage ne pourra être célébré que de l'aveu des père et mère. Par la même raison, la mère, lorsque le père est en état de manifester sa volonté, et qu'il veut le mariage, ne peut s'opposer à sa célébration (1).

190. Le droit qu'ont les ascendans de former opposition n'est point limité à certaines causes particulières : il est absolu. Il n'est même pas restreint au cas où l'enfant n'aurait point encore atteint la majorité déterminée pour le mariage,

(1) Mais *voyez* ce qui a été dit au n° 77, note, pour le cas où la mère n'a point été consultée.

vingt-un ans pour les femmes, vingt-cinq ans pour les hommes; il s'étend aussi à celui où l'enfant a acquis cette majorité, quoiqu'il eût précédemment contracté, de l'agrément de ses ascendans, un mariage qui est venu à se dissoudre. L'article précité leur donne ce droit de la manière la plus générale, en disant : « encore que ceux-ci « (les enfans) aient vingt-cinq ans accomplis. »

191. Cependant si, d'une part, la loi a permis aux ascendans de former opposition, afin de donner à l'enfant, quel que fût son âge, le temps de réfléchir sur les conséquences de l'engagement qu'il se propose de contracter, d'autre part, elle n'a pu vouloir se contredire elle-même, en n'exigeant leur consentement que jusqu'à la majorité fixée par l'article 148, et en autorisant néanmoins une opposition dont l'effet serait absolu. Il faut, au contraire, distinguer : si l'enfant n'a point acquis la majorité relative au mariage, l'opposition des ascendans est péremptoire; elle n'a pas besoin d'être motivée, ni dans la forme ni quant au fond. L'idée du consentement exigé par la loi pour la validité du mariage est incompatible avec l'obligation de déduire les motifs du refus de consentir; car, de deux choses l'une : ou les tribunaux auraient le pouvoir d'ordonner la célébration, si les motifs ne leur paraissaient pas fondés, et alors ce seraient réellement eux qui consentiraient au mariage, tandis que la loi exige le consentement

des ascendans; ou bien, dans la même hypothèse, ils seraient cependant forcés de respecter la volonté de ces derniers, et alors il y aurait plus que de l'inutilité à obliger ceux-ci à déduire les motifs de leur opposition : il y aurait de graves inconvéniens. Mais lorsque l'enfant a acquis la majorité requise, l'opposition des ascendans arrêtera bien le mariage, si les actes respectueux n'ont pas été faits, ou s'ils ne l'ont pas été dans les formes et avec les conditions prescrites; mais dans le cas contraire, cette opposition, quoique admise par la loi, et sans qu'il soit même besoin de la motiver, est plutôt autorisée comme un avertissement salutaire, que comme un empêchement absolu, quand d'ailleurs le mariage ne serait infecté ni du vice d'inceste ni de celui de bigamie, et que l'opposition ne serait point fondée sur l'état de démence du futur époux. (Art. 174, *à fortiori.*)

192. Ces principes ont été appliqués par la Cour de cassation à un cas qui a pu faire naître dans de bons esprits le regret que la loi n'ait pas plus étendu le droit d'opposition, du moins dans la personne des ascendans. La Cour de Bourges, par son arrêt du 30 mars 1813 (Sirey, 1813, 2, 169), avait maintenu celle formée par un père au mariage de sa fille, qui avait été séduite par un domestique, forçat libéré. Mais cet arrêt, dénoncé à la Cour suprême, a été cassé le 7 novembre 1814 (Sirey, 1815. 1. 245), par les motifs qu'il tendait

à prolonger l'autorité paternelle, relativement au mariage, au-delà de l'époque déterminée par la loi; qu'il ouvrait la porte à l'arbitraire, et qu'il créait ainsi un empêchement. En principe, nul doute que l'arrêt de la Cour de Bourges, quoique très moral dans l'espèce sur laquelle il est intervenu, ne violât la loi; par conséquent il devait être cassé. En cela, nous différons d'opinion avec M. Delvincourt; mais nous pensons, comme lui, qu'il y a lieu de regretter que le droit d'opposition n'ait pas été plus étendu dans la personne des ascendans, lorsqu'ils auraient, comme dans l'espèce, à faire valoir de graves motifs, dont, au surplus, les tribunaux seraient les appréciateurs (1).

193. « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la « sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine « germains, majeurs (2), ne peuvent former aucune « opposition que dans les deux cas suivans :

1° « Lorsque le consentement du conseil de fa« mille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu;

2° « Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de « démence du futur époux : cette opposition, dont « le tribunal pourra prononcer main-levée pure et

(1) La Cour de Caen a jugé dans le même sens que celle de Bourges, le 9 juin 1813. (Sirey, 1813, 2, 377.)

(2) Mais non le neveu ou la nièce, quoiqu'ils soient à un degré de parenté plus rapproché que les cousins germains. On a eu plutôt égard à la nature des rapports qu'à la proximité des degrés : or, l'oncle et le neveu *referunt inter se speciem parentum et liberorum.* Le neveu n'aurait pas le droit d'opposition, lors même, ce qui n'est pas sans exemple, qu'il serait plus âgé que son oncle.

« simple (1), ne sera jamais reçue qu'à la charge, « par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et « d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le « jugement. » (Art. 174.)

Dans les deux cas prévus à cet article, les parens ont individuellement le droit de former opposition. Il n'exige pas qu'elle soit le résultat d'une délibération d'un conseil de famille. Il fallait prévenir le mariage. Dans le premier cas, ce sera au futur époux mineur à requérir la convocation d'un conseil de famille, afin d'obtenir, s'il y a lieu, son consentement; et, au moyen de ce consentement, il obtiendra la main-levée de l'opposition. Les frais devront, au surplus, rester à sa charge, nonobstant la généralité des termes de l'article 130 du Code de procédure, attendu qu'elle avait été légalement formée.

194. On voit que les alliés n'ont point individuellement le droit de former opposition : l'article ne parle que des parens. Lorsqu'elle a voulu leur assimiler les alliés du même degré, elle l'a dit positivement, notamment aux articles 161 et 162.

195. L'on voit aussi que ce n'est qu'à défaut d'aucun *ascendant* que l'opposition des personnes de la qualité exprimée ci-dessus peut être reçue.

---

(1) M. Tronchet a observé que le juge, en ce cas, « userait du droit « qui lui appartient, de faire comparaître d'office le prévenu de dé- « mence, de l'examiner, et de prononcer la main-levée de l'opposi- « tion, s'il la trouve mal fondée. » Et l'article a été rédigé dans le sens de l'observation de M. Tronchet.

Mais comme l'ascendant qui se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté est considéré, quant au mariage du mineur de vingt-un ans, comme s'il était décédé, et que c'est pour cela que, suivant l'article 160, son consentement est suppléé par celui du conseil de famille, on doit penser que, dans le cas même où il y aurait un ascendant, mais placé dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'opposition de ces personnes serait recevable, si, d'ailleurs, elle était fondée sur l'une des causes mentionnées à l'article 174.

196. Suffit-il que l'opposant motive son opposition sur l'état de démence, sans être obligé de se pourvoir devant les tribunaux pour faire statuer sur l'interdiction tant que la demande en main-levée de l'opposition n'est pas formée? Nous le croyons; car tant que celui sur qui porte l'opposition garde le silence, il prouve par cela même qu'elle est bien fondée. Mais dès qu'il en demande la main-levée, alors l'opposant doit provoquer l'interdiction, sinon l'opposition tomberait : pour cela, il doit se conformer à la disposition de l'article 493, c'est-à-dire articuler les faits par écrit, présenter les témoins et les pièces, ainsi que l'a jugé la Cour de Colmar, le 15 décembre 1810. (Sirey, 1811, 2, 93.) Que l'on remarque bien, en effet, que l'opposition est un acte extrajudiciaire, et, par conséquent, que ce n'est pas le tribunal qui la reçoit; il la recevra lorsqu'elle lui sera déférée : alors l'in-

terdiction devra être provoquée par l'opposant, pour qu'il soit *recevable dans la maintenue de son opposition.* Voilà ce qu'a voulu dire l'article. D'ailleurs, si la loi eût entendu que l'opposant dût nécessairement provoquer l'interdiction avant même d'être assigné en main-levée, elle eût dû fixer un délai à cet effet, et elle n'en fixe pas; elle dit seulement que les tribunaux en fixeront un pour qu'il ait à faire statuer sur l'interdiction par lui provoquée, ce qui, certes, n'est pas la même chose. Nous ne sommes entré dans cette explication que parce que la discussion au Conseil d'État sur cet article est fort obscure; qu'elle permettrait en quelque sorte de penser que l'opposant doit nécessairement provoquer l'interdiction avant même d'être assigné en main-levée; et c'est ce que nous ne croyons pas, par la raison, encore une fois, que la loi n'a pas fixé de délai, à partir de l'opposition, pendant lequel l'interdiction devrait être provoquée, ce qu'elle a bien eu soin de faire en matière de saisie-arrêt, relativement à la dénonciation de la saisie et à l'assignation en validité. (Art. 563, Code de procéd.) Aussi, dans l'espèce de l'arrêt précité, l'opposant avait été assigné en main-levée, et ce qu'on lui reprochait, ce n'était pas de s'être laissé prévenir, mais de n'avoir pas ensuite articulé les faits de démence.

197. Il faut remarquer, bien que l'on ait écrit le contraire, que la loi ne limite pas aux seules per-

sonnes de la qualité exprimée à l'article 174, le droit qu'ont, en général, les collatéraux de s'opposer au mariage des enfans de famille mineurs de vingt-un ans qui n'ont point d'ascendans en état de manifester leur volonté, et qui n'ont pas obtenu le consentement du conseil de famille; car il serait bien inconséquent de déclarer, d'une part, le mariage nul ou du moins susceptible d'être annulé (articles 160 et 182 combinés), et, d'autre part, de méconnaître dans ceux qui auraient le droit de demander la nullité, celui de former opposition. Il vaut mieux prévenir les contraventions, que d'être obligé de les punir ou de les réparer : c'est sur ce principe de raison évidente qu'est fondé le droit d'opposition aux mariages. Il résulte de là qu'un conseil de famille composé de parens ou même d'alliés plus éloignés, pourrait, non pas former lui-même opposition, mais autoriser le tuteur à la former (art. 175); et c'est une différence notable d'avec les personnes désignées à l'article 174, qui peuvent, comme nous l'avons dit, former opposition en vertu de leur seule qualité, et qui le peuvent individuellement. Ainsi, comme l'article 160 ne restreint pas l'obligation du mineur, d'obtenir le consentement du conseil de famille, au seul cas où ce conseil devrait, par le fait, être composé de parens de la qualité mentionnée à l'article 174; que même un enfant naturel non reconnu, âgé de moins de vingt-un ans, ne peut se marier sans le consentement d'un tuteur

ad hoc, il nous paraît certain que, dans le cas dont il s'agit, le conseil de famille, en général, a qualité pour autoriser le tuteur, et même pour lui prescrire de former opposition au mariage. Que dit, d'ailleurs, cet article 174? « Qu'à défaut d'aucun « ascendant, le frère ou la sœur, etc., ne peuvent « former opposition *que dans les deux cas suivans.* » La restriction n'est donc relative qu'aux cas dans lesquels l'opposition est avouée par la loi : elle ne porte point sur les personnes. Quant à elles, la disposition est simplement explicative. Enfin l'article 175, en donnant au conseil de famille le droit d'autoriser le tuteur à s'opposer au mariage, ne distingue en aucune manière la qualité des parens qui ont composé ce conseil : à cet égard le législateur s'en est référé par la pensée aux règles de la tutelle, relatives à la composition du conseil de famille. Et nous croyons aussi que, lors même que des parens de la qualité exprimée à l'article 174, qui n'auraient pas cru devoir user du droit personnel qu'ils ont de s'opposer au mariage, seraient appelés à faire partie du conseil, et seraient même d'avis du mariage, si la majorité était d'un avis contraire, l'opposition serait bien fondée ; car l'article 160 n'exige pas seulement le consentement de tel ou tel parent, comme l'article 148 exige seulement celui du père : il exige le consentement du conseil de famille, dont la délibération est indivisible.

198. Au surplus, notre décision ne serait point

applicable au cas où l'opposition serait fondée sur l'état de démence de l'individu *majeur*, attendu que, dans ce cas, s'il n'est point interdit, il n'y a point de conseil de famille, et dès lors l'article 160, sur lequel nous appuyons principalement cette décision, n'est point applicable. L'opposition ne serait donc reçue qu'autant qu'elle serait formée par l'une des personnes de la qualité exprimée à l'article 174.

199. Mais s'il était interdit, non-seulement le conseil de famille, en général, pourrait autoriser le tuteur à former opposition, mais le tuteur, en sa seule qualité, pourrait la former. Ce n'est point à ce cas que s'applique l'article 175, ainsi conçu : « Dans *les deux cas prévus* par le précédent article, « le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée « de la tutelle ou de la curatelle, former opposition, « qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil « de famille qu'il pourra convoquer. » Car cet article 175 ne régit pas *deux cas*, mais bien un seul, celui où le futur époux est *mineur*. Sa lettre, nous en convenons, est contraire à cette interprétation; mais l'interprétation opposée renferme un non-sens, ou une disposition incompatible avec les vrais principes. En effet, veut-on supposer que, même dans le second cas de l'article 174, il s'agit d'un individu mineur? Mais alors il n'y a pas nécessité pour qu'un oncle, par exemple, puisse valablement s'opposer au mariage, qu'il se fonde sur l'état de démence de son neveu, et qu'il soit obligé

ensuite de provoquer son interdiction : le défaut de consentement du conseil de famille est une cause suffisante de son opposition. Supposera-t-on que le conseil de famille a consenti au mariage? Mais l'opposition individuelle de l'oncle ne serait plus que l'application de l'article 174-2°, et l'on ne serait plus dans le cas de l'article 175.

Enfin, supposera-t-on que l'individu est majeur? Mais il faut supposer aussi qu'il est interdit, puisqu'il *a un tuteur;* l'article 175 le dit positivement: or, précisément l'article 174 suppose qu'il n'est point interdit, puisqu'il faut le faire interdire; et d'ailleurs, pourquoi le tuteur n'aurait-il pas, en sa seule qualité, le droit de former opposition? Ce serait pour lui un devoir de le faire, plutôt que de laisser contracter un mariage qui serait nul par défaut de consentement de la part de l'époux. Que l'on remarque bien, en effet, qu'il n'en saurait être du majeur interdit comme du mineur : celui-ci est protégé par la nécessité d'obtenir le consentement du conseil de famille (art. 160); mais celui-là n'est protégé que par son tuteur, si le conseil de famille garde le silence. Donc le tuteur peut, dans ce cas, et en sa seule qualité, former opposition; donc l'article 175, qui parle de deux cas, ne s'applique réellement qu'à un seul.

200. Les parens qui n'ont pas, d'après la loi, qualité pour former opposition, peuvent du moins avertir le ministère public des causes qui motive-

raient une nullité d'ordre public; ils peuvent aussi, et c'est même pour eux un devoir, prévenir l'officier de l'état civil, afin qu'il se refuse à procéder à la célébration.

201. Dans tous les cas d'empêchemens dirimans et d'ordre public, résultant de l'existence d'une première union, de l'inceste et du défaut d'âge compétent, le ministère public a le droit d'empêcher la célébration du mariage, puisque son devoir lui prescrirait d'en demander la nullité, s'il était contracté. Nous en disons autant pour le cas où l'officier de l'état civil qui se proposerait de le célébrer serait incompétent à raison du domicile des parties, attendu que la nullité qui en résulterait serait aussi d'ordre public. Enfin, nous portons la même décision relativement au mariage que voudrait contracter un mort civilement.

Il ne faut point en effet conclure, de ce qu'au chapitre *des Opppositions* la loi a gardé le silence sur le ministère public, qu'elle a entendu lui refuser le droit de s'opposer à un mariage dont elle lui prescrirait de demander la nullité s'il était célébré : si telle eût été sa pensée, il faut le dire, elle eût été dirigée par des vues contradictoires et tout-à-fait opposées à la saine raison. Il a même été formellement reconnu par un arrêt de la Cour de cassation, cité au n° 176, que le ministère public peut s'opposer au mariage que la femme se propose de contracter avant les dix mois révolus

depuis la dissolution du premier; et cependant il fut reconnu aussi que l'empêchement résultant de l'article 228 n'est point dirimant. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque la cause sur laquelle le ministère public fonde son opposition serait de nature à entraîner la nullité du mariage sur sa poursuite. Enfin, d'après les arrêts que nous avons cités plus haut, n° 34, en note, il paraît que le ministère public peut et doit s'opposer au mariage d'un prêtre rentré depuis le concordat en communion avec son évêque.

202. Du droit que nous reconnaissons au ministère public de former opposition à un mariage qui ne pourrait être célébré qu'au mépris du bon ordre, résulte nécessairement celui d'interjeter appel de la décision qui aurait rejeté son opposition. Cette opinion n'est point contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, suivant laquelle le ministère public, hors les cas mentionnés à l'article 184, n'a pas la voie d'action pour faire annuler un mariage, ni, dans aucun cas, la voie d'appel pour faire maintenir un mariage annulé par un jugement de première instance. Nous reviendrons, au surplus, sur ces points, à la section 2 du chapitre V, où nous citerons deux arrêts de cassation, susceptibles toutefois de quelques observations, qui ont ainsi jugé.

203. Au reste, de quelque personne que provienne l'opposition, l'officier de l'état civil à qui

elle est signifiée ne peut célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée, sous peine de trois cents francs d'amende et de tous dommages-intérêts. (Art. 68.) Il n'est pas juge de la qualité de l'opposant, ni du mérite de l'opposition. La loi, d'ailleurs, par les dispositions des articles 176 et 179, que nous allons expliquer, offre aux citoyens une suffisante garantie contre l'abus qui pourrait en résulter.

204. L'officier de l'état civil doit faire, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications; il doit faire aussi mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugemens et des actes de main-levée dont expédition lui aurait été remise. (Art. 67.)

SECTION II.

Des formes de l'opposition, et de la manière de la juger.

SOMMAIRE.

205. *Formalités de l'acte d'opposition.*
206. *De ce que l'acte serait déclaré nul en la forme, les tribunaux ne devraient pas ordonner, dans tous les cas, de passer outre à la célébration du mariage.*
207. *La loi n'exige pas que l'opposant justifie à l'officier ministériel, de la qualité qui lui donne le droit de former opposition.*
208. *Dans quelle commune l'opposant doit faire élection de domicile par l'acte d'opposition.*
209. *A qui l'acte d'opposition doit être signifié.*
210. *Il n'est pas nécessaire de le signifier à l'officier de l'état civil de chacune des communes où le mariage peut être célébré.*

205. Suivant l'article 176, « tout acte d'opposi« tion doit énoncer la qualité qui donne à l'oppo« sant le droit de la former ;

« Il doit contenir élection de domicile dans le lieu « où le mariage devra être célébré ;

« Il doit aussi, à moins qu'il ne soit fait à la re« quête d'un ascendant, contenir les motifs de l'op« position :

« Le tout, à peine de nullité et de l'interdiction « de l'officier ministériel qui aura signé l'acte d'op« position. »

206. Mais il ne faut pas conclure de ce que le tribunal annulerait l'acte d'opposition pour vice de forme, qu'il pourrait ordonner, dans tous les cas, de passer outre à la célébration du mariage. Cela ne pourrait évidemment avoir lieu, si l'opposition était formée par un père, ou tout autre as-

cendant dont le consentement serait requis pour la validité du mariage, ni dans le cas de bigamie ou d'inceste, et probablement dans quelques autres.

La Cour de Bruxelles a jugé, le 26 décembre 1812 (Sirey, 1813, 2, 379), qu'une opposition nulle en la forme ne pouvait être réitérée. D'abord, il serait contre tous les principes, s'il s'agissait d'une nullité d'ordre public, ou si l'opposition était formée à la requête d'un ascendant dont le consentement était requis, d'ordonner, en annulant l'opposition quant à la *forme*, de passer outre à la célébration. En second lieu, une nullité de forme dans une signification d'opposition ne doit pas plus empêcher la réitération de l'acte, qu'elle n'empêche la réitération de tout autre exploit, ou la réitération d'une demande pour vice de forme: seulement, les frais, dans tous les cas, restent à la charge de celui qui a fait signifier l'acte irrégulier.

207. En disant que l'acte d'opposition doit énoncer la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former, la loi n'a point entendu constituer l'officier ministériel juge de cette qualité : autrement il faudrait lui soumettre l'arbre généalogique de la famille, les actes des naissances, etc., ce qui exigerait souvent un temps très long. La qualité de l'opposant se confond d'ailleurs, dans plusieurs cas, avec la cause de l'opposition, dont assurément l'officier ministériel ne pourrait apprécier le mérite dans toutes les hypothèses. La loi a donc voulu

simplement dire que l'opposition doit énoncer la qualité d'après laquelle l'opposant *se prétend* en droit de la former.

208. Quant à l'élection de domicile *dans le lieu où le mariage devra être célébré*, comme il peut l'être en deux endroits différens, si les parties ont leurs domiciles quant au mariage dans des communes distinctes, l'opposant est dans l'incertitude relativement à celle dans laquelle il doit, pour obéir au vœu de la loi, faire cette élection.

Cette incertitude s'augmenterait encore si chacune des parties avait tout à la fois une résidence de six mois dans une commune et son domicile réel dans une autre, et si, comme l'a dit M. Tronchet, dont au surplus le sentiment ne fut point partagé par MM. Malleville et Bigot-Préameneu (1), le mariage pouvait être indifféremment célébré dans l'une ou l'autre commune; car alors il pourrait l'être dans quatre endroits. Quoi qu'il en soit, même dans ce système, nous pensons qu'il suffit que l'opposant fasse élection de domicile dans la commune où celui sur qui l'opposition est formée a son domicile réel ou une résidence de six mois, sans qu'il soit besoin de la faire dans l'une ou l'autre des communes où, à raison de l'autre partie, le mariage pourrait aussi être célébré. L'opposant ne peut en effet savoir si les contractans choisiront

(1) *Voyez* le nº 221 et suiv., *infrà.*

cette commune. Nous dirons de plus que l'élection de domicile est attributive de compétence; elle est prescrite afin que la partie sur qui l'opposition est formée ne soit point forcée d'aller plaider au loin pour en demander la main-levée. D'après cela, elle doit même, pour remplir plus spécialement le but de la loi, être faite au domicile ou à la résidence de cette partie. Mais si la célébration peut avoir lieu dans l'une ou l'autre commune de la partie au mariage de laquelle on s'oppose, l'élection de domicile peut être valablement faite dans l'une comme dans l'autre commune : la loi n'a pu vouloir que l'incertitude dans laquelle est forcément l'opposant à cet égard fût une cause de nullité de l'opposition. Au reste, il est plus prudent de faire l'élection de domicile dans toutes les communes où le mariage pourrait être célébré; on éviterait de cette manière toute difficulté sur ce point.

209. L'acte d'opposition doit être signé, sur l'original et la copie, par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique; il doit être signifié, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui met son *visa* sur l'original. (Art. 66.)

La loi prescrit de signifier l'opposition aux parties indistinctement, non pas afin que celle qu'elle ne concerne pas puisse en demander la main-levée, mais afin qu'elle soit avertie de l'obstacle apporté

au mariage, qu'elle puisse en connaître les causes et agir en conséquence.

210. Il faut observer que, lors même qu'à raison de la diversité des domiciles ou résidences le mariage pourrait être célébré dans plusieurs communes, il n'est pas nécessaire de signifier l'opposition à l'officier de l'état civil de chacune d'elles, attendu que celui qui procédera à la célébration ne pourra le faire que sur le vu d'un certificat de chacun des officiers des communes où les publications ont été faites, qu'il n'y a pas eu d'opposition, ou qu'il en a été donné main-levée (art. 67, 69 et 76 combinés); car le mariage ne peut être célébré que dans une commune où les publications ont été faites.

Cependant il peut résulter une difficulté de l'interprétation donnée par M. Tronchet à l'article 74 combiné avec la disposition de l'article 176, et voici comment : Le mariage, suivant M. Tronchet, peut être célébré au domicile réel comme au lieu de la résidence. L'opposant, d'après cela, a fait dans son opposition élection de domicile dans la commune du domicile réel, et a notifié son opposition seulement à l'officier de l'état civil de cette commune; mais les publications n'y ont pas été faites, parce que la résidence dans l'autre commune était de plus de six mois, qu'elle était même, nous le supposons, de plus d'une année, et que, dans ce cas, l'article 167 était inapplicable (1). L'officier

(1) *Voyez* le n° 230, *infrà*.

de l'état civil de cette résidence, choisi ensuite pour célébrer le mariage, n'a évidemment aucune connaissance de l'opposition, puisqu'il ne lui est présenté aucun extrait de la part de celui du domicile réel. *Vice versâ*, l'opposition a été signifiée seulement à l'officier de la résidence, parce que l'opposant croyait que le mariage y serait célébré; mais les parties, qui, conformément à l'interprétation donnée par M. Tronchet, le font célébrer au domicile réel, n'ont point fait faire les publications au lieu de la résidence, attendu qu'aucune loi, du moment que le mariage n'y devait pas être nécessairement célébré, ne leur prescrivait de les y faire faire, comme elle leur prescrit, en sens inverse, de les faire faire à l'ancien domicile lorsque le mariage est célébré à la résidence de six mois seulement. Dans notre manière d'entendre l'article 74, cette difficulté n'existerait pas. Au surplus, cela fait sentir à tout opposant l'utilité de faire élection de domicile dans toutes les communes où le mariage peut être célébré, et de notifier l'opposition à chaque officier de ces diverses communes.

211. Les demandes en main-levée d'oppositions aux mariages sont des matières qui requièrent célérité : en conséquence, le tribunal doit prononcer dans ces dix jours sur ces demandes. (Art. 177.)

Le demandeur en main-levée peut demander et doit obtenir la permission d'assigner à bref délai. *Voyez* à cet égard l'article 72, Code de procéd. Il

n'y a pas lieu, par cela même, au préliminaire de conciliation.

Par ces mots, *dans les dix jours*, on doit entendre les dix jours à partir de celui où le tribunal a été saisi de la demande, quoique l'article suivant dise qu'il sera statué sur l'appel dans les dix jours *de la citation.*

212. Le tribunal est celui dans le ressort duquel est la commune (ou l'une des communes) dans laquelle l'opposant a fait élection de domicile. Le demandeur en main-levée peut, au surplus, porter sa demande au tribunal du domicile réel de l'opposant. (Art. 59 du Code de procéd.)

213. La disposition de l'article 177 ne doit toutefois pas être entendue en ce sens, que le fond doive toujours être décidé dans ce délai : il n'est pas toujours susceptible de l'être; par exemple, dans le cas où l'opposition serait formée pour cause de démence du futur époux, pour l'admission ou le rejet de laquelle il peut être nécessaire de procéder préalablement sur son interdiction, ou si elle est fondée sur un précédent mariage, dont l'époux conteste l'existence, etc. Mais il est nécessaire, même dans ces cas, que le tribunal prononce préparatoirement dans les dix jours.

214. S'il y a appel, il doit y être statué dans les dix jours de la citation. (Art. 178.)

215. La loi n'a pas prévu le cas où l'arrêt aurai

rejeté l'opposition, et qu'il y aurait pourvoi en cassation. Ce pourvoi est-il suspensif? La raison de le penser se tire de ce que, dans le système contraire, le mariage venant à être célébré, il serait inutile, du moins généralement, que l'arrêt fût cassé. Or, lorsque l'exécution d'un arrêt produirait un mal irréparable en définitive, le pourvoi en cassation contre cet arrêt en suspend l'exécution. Tel est le principe en matière criminelle, et nous le voyons aussi consacré en matière de mariage par l'article 263, au titre *du Divorce.* Néanmoins le contraire a été jugé par la Cour de Paris, le 19 septembre 1815 (Sirey, 1819, 2, 343), « attendu qu'en matière civile le pourvoi en cas« sation ne suspend l'exécution des arrêts que dans « les cas d'exception indiqués par la loi, et qu'au« cune loi n'a introduit, relativement aux opposi« tions aux mariages, d'exception au principe. »

216. Si l'opposition est rejetée, les opposans, autres néanmoins que les ascendans, qui sont toujours présumés agir par de bons motifs (1), pourront être condamnés à des dommages-intérêts (article 179). La loi laisse aux tribunaux le pouvoir d'apprécier le tort réel qu'a pu causer l'opposition, le motif qui a dirigé l'opposant, sa qualité et toutes les circonstances de la cause.

217. Quant aux frais et dépens, l'opposant qui

(1) Cette présomption, qui est absolue à l'égard des ascendans, existe aussi à l'égard du ministère public.

succombe doit les supporter (art. 130, Code de procéd.), à moins qu'à raison de la qualité des parties, surtout lorsque l'opposant est un ascendant, le tribunal n'estime convenable, en vertu de l'article 131 du même Code, de les compenser en tout ou partie.

CHAPITRE III.

Des formalités relatives à la célébration du mariage, et du domicile, en ce qui le concerne.

De ces formalités, les unes précèdent le mariage, les autres sont celles de la célébration. Nous les traiterons dans les deux sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

Des formalités qui précèdent le mariage.

SOMMAIRE.

218. *Division de la section.*

219. *Le mariage doit être célébré dans la commune où l'une des parties a son domicile ; et le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habitation continue dans la même commune.*

220. *Le mariage ne peut être célébré à un domicile abdiqué, ni dans la commune où l'on n'a pas encore une résidence de six mois continus, quand même on y aurait son domicile réel : controversé.*

221. *Peut-on, lorsqu'on a résidé pendant six mois consécutifs dans une commune, célébrer aussi le mariage dans celle du domicile réel? Discussion au Conseil d'État sur ce point.*

222. *Résumé de la discussion.*

223. *L'article 74 semble vouloir parler de la résidence actuelle*

continuée pendant six mois, et non du domicile où l'on ne demeure plus depuis plus de six mois.

224. *Le mariage ne serait toutefois pas nul pour avoir été célébré au domicile réel, au lieu de l'avoir été dans la commune de la résidence actuelle.*

225. *Domicile des mineurs, quant au mariage.*

226. *Résumé de notre doctrine sur le domicile en matière de mariage.*

227. *Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fait deux publications.*

228. *Il est loisible au Roi de dispenser de l'une d'elles : formalités à suivre.*

229. *Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication.*

230. *Dans quelles communes les publications doivent être faites.*

231. *Pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant le célébration du mariage.*

232. *Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger, est valable, s'il a été célébré suivant les formes usitées dans le pays, pourvu que le Français n'ait point contrevenu aux lois qui régissent sa personne.*

233. *La capacité de l'étrangère qui épouse un Français se régit par la loi du pays de cette étrangère.*

234. *Le mariage entre Français, reçu en pays étranger, peut être indifféremment célébré suivant les formes et par les officiers du pays, et, suivant les lois françaises, par les agens diplomatiques français.*

235. *Le mariage entre Français et étranger, en pays étranger, n'est valable qu'autant qu'il a été célébré suivant les formes et par les officiers du pays.*

236. *Arrêts qui ont jugé, nonobstant la règle, que* le militaire sous le drapeau est censé en France; *que le mariage d'un militaire en pays étranger est valablement célébré suivant les formes et par les officiers du pays.*

237. *Le mariage célébré en pays étranger doit être précédé de publications faites en France.*

238. *Mais le défaut de publications n'entraîne point la nullité du mariage.*

239. *Dans les trois mois après le retour du Français, l'acte de célébration doit être transcrit sur le registre de son domicile.*

240. *Ce délai n'est point fatal; la transcription pourra être faite à toute époque : conséquences de la transcription tardive.*

218. Les formalités qui précèdent la célébration sont : 1° les publications; 2° la remise des pièces exigées par la loi. Mais nous parlerons d'abord du domicile relativement au mariage, et nous traiterons, dans un quatrième paragraphe, de la célébration du mariage en pays étranger.

§ Ier.

Du domicile, en ce qui concerne le mariage.

219. Suivant l'article 74, « le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux « aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune. »

Il suffit donc d'avoir résidé sans interruption pendant six mois dans une commune, pour pouvoir y célébrer son mariage. Il n'est pas nécessaire d'avoir eu l'intention d'y fixer son principal établissement, comme cela est exigé pour acquérir le domicile réel et ordinaire : une simple habitation continue remplit le vœu de la loi; tellement que le militaire qui aurait demeuré en garnison pendant six mois dans une commune du territoire

français, pourrait s'y marier, en faisant d'ailleurs les publications ordinaires (1).

Mais deux questions se sont élevées sur le domicile relatif au mariage.

220. La première est de savoir si l'individu qui a abdiqué le domicile réel qu'il avait dans telle commune, mais qui n'a point encore acquis une habitation continue pendant six mois dans le lieu où est son nouveau domicile (2), peut célébrer son mariage à l'un ou à l'autre lieu, ou s'il ne peut le célébrer que dans le nouveau, et seulement après six mois de résidence non interrompue?

La seconde est celle-ci : l'individu qui a une résidence de six mois dans une commune, mais qui a son domicile réel dans un autre lieu, peut-il se marier indifféremment dans l'une ou l'autre commune?

On doit dire, sur la première question, que le mariage ne peut être célébré au domicile abdiqué, ni au nouveau tant qu'il ne sera pas accompagné d'une résidence de six mois.

Il ne peut être célébré à l'ancien, parce que ce domicile abdiqué est censé n'avoir jamais existé; et si, avant qu'il fût changé, la personne y avait une résidence plus que suffisante pour y célébrer

---

(1) Avis du Conseil d'État, approuvé le 4 complémentaire an XIII.

(2) D'après ce que nous avons dit au tome Ier, n° 357, il suffit d'une habitation réelle quelconque dans une commune, jointe à l'intention d'y fixer son principal établissement, pour y acquérir le domicile réel et civil proprement dit.

son mariage, cette résidence n'existe plus. Ainsi, comme il n'y a ni domicile réel ni résidence à cet endroit, l'officier de l'état civil de cette commune serait incompétent.

Le mariage ne peut non plus, disons-nous, être célébré au nouveau lieu; car, bien que la personne y ait acquis un domicile réel, elle n'y a néanmoins pas encore une habitation continue pendant six mois, comme l'exige l'article 74. Il ne faut pas, en effet, oublier que les rédacteurs du Code ont entendu adopter, du moins en général (1), les principes de l'ancienne jurisprudence; les discussions préliminaires et les discours des orateurs du gouvernement font foi de la justesse de cette observation (2). Or, suivant l'ancienne jurisprudence, l'on ne pouvait, de Droit commun, se marier dans une paroisse qu'après y avoir résidé sans interruption pendant six mois; et si l'on avait changé de diocèse, il fallait une résidence d'une année (3).

---

(1) Nous disons *en général*, parce qu'on verra, sur la seconde question, que, dans la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, on a paru s'en éloigner pour le cas où le futur époux qui a une résidence de six mois dans une commune, a néanmoins conservé son domicile dans une autre.

(2) L'orateur du gouvernement s'exprimait ainsi : « La célébration doit avoir lieu dans la commune où l'un des deux époux a son domicile. Le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habitation : *c'est un principe consacré par toutes les lois.* » Ainsi on n'a pas voulu innover sur ce point.

(3) Voici ce que portait l'édit de 1697 : « Défendons à tous curés et prêtres.... de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens, demeurant actuellement et publiquement dans leurs paroisses, au moins depuis six

L'avis du Conseil d'État, du quatrième jour complémentaire an XIII, précité, a confirmé ces principes, en défendant aux militaires de se marier en France avant d'avoir acquis une résidence continue pendant six mois dans une commune, à moins que leurs futures épouses n'y eussent cette résidence.

On peut cependant faire quelques objections : on peut dire que l'article 74 n'a entendu exiger une résidence de six mois dans la commune où l'on veut célébrer un mariage, que parce qu'on n'y a pas encore son domicile; que sa disposition a eu pour objet de favoriser le mariage, en établissant un domicile spécial, tandis que l'autre interprétation l'entraverait. On peut ajouter, à l'appui de ce raisonnement, que l'article 102 dit d'une manière

---

« mois à l'égard de ceux qui demeuraient auparavant dans une « autre paroisse de la même ville ou dans le même diocèse, et depuis « un an pour ceux qui demeuraient dans un autre diocèse; si ce « n'est qu'ils en aient une permission spéciale du propre curé des « parties qui contractent, ou de l'archevêque ou évêque diocésain. » *Voyez* Pothier, n° 355 et suiv.

L'édit était tellement suivi à la rigueur, que le Parlement de Paris a annulé des mariages parce qu'il manquait quelques jours au temps prescrit. Un mariage a même été annulé parce qu'il manquait un *seul* jour. *Voyez* Denisart, au mot *Mariage.*

Quant aux mineurs, comme ils ont le domicile de leurs père et mère ou tuteur, leur résidence dans un autre lieu, où ils font leurs études, n'était point considérée : ils devaient, d'après l'édit précité, se marier au domicile des personnes sous la puissance desquelles ils étaient placés; tandis qu'à l'égard des majeurs, on considérait moins le domicile que la résidence. Il en devrait être de même sous le Code, sauf que les mineurs pourraient toujours se marier, conformément à l'article 74, dans la commune où ils auraient une résidence de six mois continus.

générale que le domicile de tout Français, quant à l'exercice des droits civils, est au lieu où il a son principal établissement, et que, dans l'espèce, le principal établissement est dans le nouveau lieu, quoique l'individu n'y réside pas depuis six mois. Enfin, le système contraire n'est pas sans inconvéniens : un individu qui aurait changé de domicile, soit par l'acceptation de fonctions conférées à vie, soit pour toute autre cause, et qui serait obligé d'attendre, pour se marier, qu'il eût résidé pendant six mois dans la commune où est son nouveau domicile, serait exposé, par l'effet de ce retard, à manquer un mariage avantageux. Il ne pourrait non plus y faire célébrer celui de ses enfans mineurs, qui n'ont d'autre domicile que le sien; et, probablement, telle n'a pas été la pensée du législateur.

Mais nous répondons que l'article 74 a précisément exigé une résidence continue de six mois dans la commune où doit être célébré le mariage, sans distinction entre le cas où la personne y a acquis ou non un domicile réel, attendu que c'est le lieu où les oppositions peuvent être signifiées avec le plus d'efficacité : car ce lieu est plus particulièrement connu des tiers, que le domicile réel, qui, résultant de l'intention, et souvent d'un fait passager d'habitation, ne présente assurément pas les mêmes caractères de certitude; et voilà pourquoi, dans l'ancienne jurisprudence, on s'attachait uniquement à la résidence, qu'elle fût ou non

accompagnée du domicile réel, c'est-à-dire, qu'elle fût ou non accompagnée de l'intention d'y fixer le principal établissement.

Il n'est pas vrai de dire qu'en autorisant les parties à faire célébrer le mariage dans la commune où l'une d'elles a une habitation continue de six mois, la loi a eu pour but d'en faciliter la célébration, et non de les priver du droit de le faire célébrer dans la commune du domicile réel; car, précisément, au contraire, on a eu pour but de prévenir les mariages clandestins, par la facilité qu'a un citoyen de changer, d'un moment à l'autre, son domicile réel : il suffit pour cela du fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement; et cette intention se prouve par la déclaration faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à la municipalité du lieu où l'on veut fixer son domicile (art. 103 et 104). Or, l'individu qui voudrait, autant que possible, cacher son mariage, irait prendre un domicile dans un lieu ignoré, où il ne serait connu de personne, pour s'y marier aussitôt; car son domicile serait acquis de suite dans ce lieu; et c'est ce que la loi a voulu et dû vouloir empêcher. Si l'on objectait que, d'après l'article 167, les publications devraient être faites aussi au lieu du dernier domicile, ce qui préviendrait la clandestinité, nous répondrions que cet article parle du cas où le domicile actuel n'est établi que par six mois *de résidence*, ce qui s'applique

évidemment au cas d'une simple résidence, d'un domicile pour le mariage; tandis que, dans l'espèce, le domicile étant réel, la partie se croirait même dispensée de faire faire les publications au dernier domicile.

Quant aux inconvéniens qui pourraient résulter des retards, ils sont peu graves, au moyen de la faculté qu'ont les époux de célébrer le mariage dans la commune de l'un ou de l'autre, à leur choix. Ainsi, soit que l'on se reporte à l'ancienne jurisprudence, soit que l'on considère l'esprit dans lequel les rédacteurs du Code ont conçu l'article 74, on doit demeurer convaincu que le mariage ne peut être célébré ni au domicile abdiqué ni au nouveau, tant que celui-ci ne sera pas accompagné d'une habitation continuée pendant six mois.

221. La seconde question, celle de savoir si l'individu qui a une résidence de six mois dans une commune, mais qui a son domicile réel dans une autre, peut se marier indifféremment dans l'une ou l'autre commune, cette seconde question, disons-nous, offre plus de difficulté que la première. Assurément, s'il fallait la décider d'après les anciens principes, elle n'en offrirait point : car on dirait que le mariage ne peut être célébré qu'au lieu de la *résidence actuelle* (1), puisque, à l'exception du

(1) Il n'est toujours question, dans les édits et dans les commentateurs, que de la *demeure*, de la *résidence* : or, si ces termes sont parfois synonymes de *domicile*, d'autres fois aussi ils sont loin de

domicile relatif au mariage des mineurs, qui était celui des père et mère, quoique les mineurs résidassent ailleurs pour leurs études, cette résidence était le véritable domicile, quant au mariage. Mais la discussion au Conseil d'État, et qu'il n'est pas inutile de retracer ici, à raison de l'importance de la question, fait naître des doutes.

« M. Tronchet dit qu'il s'agit, dans l'article 74, « *de la simple habitation.*

« Le premier Consul répond qu'alors il faut chan« ger la rédaction, et ne parler que d'une habitation « de six mois, afin que l'article n'apporte aucune « modification aux dispositions sur le domicile.

« M. Malleville dit qu'il est nécessaire d'expliquer « que *la loi entend parler de la dernière résidence*, et « d'une résidence continue.

« M. Tronchet répond que *la rédaction ne laisse* « *aucun doute à cet égard.*

« M. Réal propose de rédiger ainsi l'article : *Le* « *mariage sera célébré dans la commune où l'un des* « *époux aura son domicile, il pourra l'être également* « *dans la commune où l'un des époux aura six mois* « *d'habitation.*

---

l'être : nous l'avons suffisamment démontré au titre *du Domicile*, et dans l'ancien Droit ils ne l'étaient pas non plus toujours : les monumens de la jurisprudence en offrent de nombreuses preuves. Ainsi, dans l'esprit de l'édit, on n'entendait pas, par *demeure*, un domicile ancien et ignoré, comme celui que le sieur Carrangeau avait conservé à Paris, après avoir demeuré pendant soixante-quatre ans en Bretagne, comme directeur des fortifications; on entendait la demeure, la résidence réelle et actuelle. *Voyez* Pothier, n° 355.

« M. Bigot-Préameneu demande qu'on ne se « serve pas du mot *pourra*, pour ne pas déroger à « la règle générale.

« Le premier Consul demande si une personne « pourra célébrer son mariage dans le lieu de son « domicile, quoique depuis six mois elle ait résidé « ailleurs.

« M. Tronchet répond qu'elle le pourra, parce « qu'on ne perd pas le droit de célébrer son ma- « riage dans le lieu de son domicile, pour avoir « acquis le droit de le célébrer ailleurs.

« Mais M. Bigot-Préameneu observe que la célé- « bration du mariage est entourée *d'une plus grande* « *publicité lorsqu'elle est faite dans le lieu de la ré-* « *sidence* (1).

« Enfin M. Tronchet répond que la publicité du « mariage a pour objet de donner aux personnes « intéressées à l'empêcher le moyen de former « leur opposition : or, le domicile d'un homme est « toujours plus certain et plus connu que sa rési- « dence (2). La disposition qui permet de célébrer « le mariage dans le lieu de la résidence n'est qu'une « exception à la règle générale : d'ailleurs les pu-

---

(1) Nous partageons l'opinion de M. Bigot-Préameneu ; et c'était, comme nous l'avons dit, dans cet esprit qu'étaient conçus les anciens édits rendus sur ce point.

(2) Nous ne le croyons pas, attendu que le domicile est subordonné à l'*intention*, ce qui rend souvent les questions sur ce sujet très difficiles à juger, tandis que la résidence est un *fait* très facile à constater.

« blications sont faites et au lieu de la résidence et « au lieu du domicile (1). »

222. On voit, d'une part, que MM. Malleville et Bigot-Préameneu entendaient la disposition de l'article 74 dans le sens de l'ancienne jurisprudence, s'attachant *à la résidence actuelle*, qui est un fait, plutôt qu'au domicile réel, qui, dépendant de l'*intention*, n'est pas toujours bien connu des tiers, ni même des tribunaux appelés à juger la question, quoique toutes les circonstances caractéristiques de l'intention soient exposées devant eux avec la contradiction nécessaire pour les faire ressortir ou les énerver. Suivant ces orateurs, l'article 74 n'établit donc pas une simple faculté, mais bien une défense de pouvoir célébrer le mariage ailleurs qu'au lieu de la dernière résidence. Cette manière d'entendre l'article a été confirmée, comme nous l'avons dit, par l'avis du 4e complémentaire an XIII, qui interdit aux militaires de se marier en France tant qu'eux ou leurs futures épouses n'ont pas acquis une résidence de six mois dans une com-

(1) Cela n'est pas exact; car, si la loi dit que lorsque le domicile n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre au dernier domicile (art. 167), c'est qu'elle suppose évidemment que les parties veulent célébrer le mariage dans le lieu de cette résidence. Mais s'il peut être célébré au domicile réel, et qu'en effet les parties veuillent l'y célébrer, aucune loi ne leur prescrit de faire les publications au lieu *de la résidence;* elle est considérée comme non avenue. C'est dans l'opinion de MM. Malleville et Bigot-Préameneu, que l'observation de M. Tronchet serait vraie, mais non dans la sienne.

mune; car il est de principe que le militaire, en entrant au service, conserve son domicile; par conséquent, dans le système de M. Tronchet, il pourrait s'y marier, tandis que l'avis du Conseil d'État lui refuse évidemment cette faculté.

D'autre part, on voit que M. Tronchet entendait l'article 74, non pas comme imposant l'obligation de ne célébrer le mariage que dans la commune où l'une des parties aurait acquis une résidence de six mois, mais comme créant une simple faculté à cet égard (1).

223. Nous n'entendons pas cet article de la même manière; il dit : « Le mariage *sera* célébré dans la « commune où l'un des deux époux aura son domi- « cile. Ce domicile, *quant au mariage, s'établira par* « *six mois d'habitation continue dans la même com-* « *mune.* » Ainsi le mariage *sera* célébré dans la commune où l'une des parties a une habitation continue depuis six mois; cela paraît évidemment résulter de cet article : or, lorsqu'on a demeuré six mois continus dans une commune, on n'a point eu pendant ce temps une habitation continue dans une autre, quoiqu'on y eût encore son domicile réel; et comme il a été généralement reconnu, et par

(1) MM. Merlin et Toullier décident la même chose, en s'appuyant sur l'observation de M. Tronchet, et en disant d'une manière générale, mais à tort, que *cela fût reconnu au Conseil d'État.* Tout ce qu'on peut dire, c'est que M. Tronchet a parlé le dernier. M. Locré a écrit dans le sens de l'observation de M. Tronchet, et M. Delvincourt dans un sens opposé.

M. Tronchet lui-même, que la loi entendait parler de la *dernière résidence*, il est évident, selon nous du moins, qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, de la commune du domicile réel, puisque depuis six mois la personne n'y réside plus.

Nous ferons enfin observer que, dans le système opposé, le mariage, dans tel cas donné, pourrait être célébré indifféremment dans quatre communes distinctes (1) : ce serait celui où chacune des parties aurait tout à la fois un domicile particulier et une résidence de six mois dans une autre commune. Or, si l'on est quelquefois embarrassé de savoir à quel officier de l'état civil les oppositions doivent être signifiées, conformément à l'article 66, on le serait bien davantage si, par le fait, quatre officiers de l'état civil étaient compétens.

224. Au surplus, à raison du doute que présente la question, d'après la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État sur ce point, nous n'hésitons pas à penser que le mariage qui serait célébré dans la commune du domicile réel, au lieu de l'être dans celle de la résidence actuelle, ne saurait être annulé pour cette cause. Les parties ne doivent point souffrir de l'obscurité de la loi. Mais, selon nous, il est plus régulier de le célébrer au lieu de la résidence, et l'officier de l'état civil du domicile pourrait, et même devrait refuser son ministère

(1) Au reste, dans quelque commune qu'il soit célébré, il faut toujours que les publications y aient été faites.

jusqu'à ce que les tribunaux en eussent autrement décidé.

225. Quant aux mineurs, on doit suivre l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire avoir plutôt égard à leur véritable domicile, qui est celui de leurs père, mère ou tuteur, qu'à leur résidence dans un autre lieu, où ils font leurs études. Il y aurait, en effet, trop d'inconvéniens à arrêter pendant six mois le mariage des filles, que l'on sort ordinairement de leur pension pour les marier. Il est vrai qu'il pourrait être célébré à la résidence du mari; mais les bienséances ne se prêtent pas toujours à l'adoption de ce parti. Si ces inconvéniens ne nous ont pas paru décisifs sur la première question, c'est parce que les père et mère n'ont point encore un domicile de six mois d'habitation dans le nouveau lieu, et que la loi s'oppose alors à ce que le mariage y soit célébré; tandis que, dans le cas dont il s'agit maintenant, les père et mère ont cette résidence de six mois. Mais, en vertu de l'article 74, les mineurs pourraient célébrer leur mariage dans la commune où ils auraient une résidence de six mois continus.

226. Nous terminerons cette discussion par les observations suivantes:

1° Le domicile ne serait point perdu, quant au mariage, par des absences plus ou moins prolongées durant les six mois qui auraient précédé le mariage.

2° Il ne le serait même pas par une absence de plus de six mois, si la personne n'avait pas résidé dans une autre commune, mais voyagé : n'ayant acquis dans aucun autre endroit la faculté d'y célébrer son mariage, elle a naturellement conservé le droit de le célébrer à son domicile.

3° Mais si l'absence avait été très longue, si, comme les colporteurs, la personne avait conservé son domicile plutôt en *droit* qu'en *fait*, alors nous croyons qu'elle devrait acquérir une résidence de six mois dans une commune quèlconque pour y célébrer son mariage, si l'autre partie n'avait pas elle-même une telle résidence : l'avis du Conseil d'État relatif aux militaires nous paraît en effet applicable à tout gyrovague, par argument.

4° Enfin si, après avoir résidé pendant six mois entiers dans une commune, sans domicile réel, une personne la quittait pour aller résider dans une autre commune, où elle habiterait depuis moins de six mois au moment où elle voudrait se marier, ce ne serait pas la précédente résidence qu'on devrait considérer comme son domicile, quant au mariage, attendu qu'elle n'existerait plus, qu'elle ne remplirait plus le vœu de la loi; il lui faudrait, selon nous, une nouvelle résidence de six mois, soit dans le lieu où elle se trouverait actuellement, soit ailleurs.

§ II.

Des publications de mariage.

227. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil doit faire deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l'acte qui en doit être dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énonce, en outre, les jours, lieux et heures où les publications ont été faites.

Il est inscrit sur un seul registre, qui est coté et paraphé, comme il est dit à l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal. (Art. 63.)

228. Il est néanmoins loisible au Roi, ou aux officiers qu'il a préposés à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication. (Art. 169.)

Cette dispense est accordée au nom du Roi, par son procureur près le tribunal dans l'arrondissement duquel les pétitionnaires se proposent de célébrer leur mariage. Ce magistrat est tenu de rendre compte au ministère de la justice des causes qui ont donné lieu à la dispense.

Elle est déposée au secrétariat de la commune où le mariage doit être célébré; le secrétaire en dé-

livre une expédition dans laquelle il est fait mention du dépôt, et qui demeure annexée à l'acte de célébration. (Arrêté du 20 prairial an II.)

229. Un extrait de l'acte des publications est affiché, et doit rester affiché à la porte de la maison commune pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. (Art. 64.)

Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication (1), c'est-à-dire, avant le mercredi; mais il peut l'être ce jour-là.

S'il n'a point été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites en la forme ci-dessus prescrite. (Art. 65.)

230. Mais les publications ne doivent pas seulement être faites dans une commune, lorsque les deux parties et les personnes sous la puissance desquelles elles sont placées, relativement au mariage, n'y ont pas aussi leur domicile.

Suivant l'article 166, elles doivent être faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes a son domicile.

Et si le domicile n'est établi que par six mois de résidence, elles doivent être faites, en outre, à la municipalité du dernier domicile. (Art. 167.)

---

(1) Ou celui de la publication unique, s'il y a eu dispense.

Il est indifférent, à cet égard, que ce domicile existe encore ou non: la loi, par ces mots *dernier domicile*, laisse même supposer qu'il n'existe plus comme domicile réel et ordinaire; et bien que, d'après notre opinion, le mariage, régulièrement, ne doive pas y être célébré, néanmoins les publications doivent y être faites. La loi prescrit bien d'ailleurs de les faire dans telle commune où le mariage ne pourrait cependant être célébré, parce que les époux n'y auraient ni résidence ni domicile. (Art. 168.)

Mais à quelle époque, après les six mois de résidence, avec ou sans domicile réel, cessera l'obligation de faire les publications au dernier domicile? Évidemment la loi n'a pas voulu limiter cette obligation au seul cas d'une résidence de six mois juste, car sa règle ne serait qu'une pure abstraction; il suffirait, pour la rendre illusoire, d'attendre un jour de plus pour célébrer le mariage. Elle n'a pas voulu non plus contraindre le futur époux à faire faire les publications à son dernier domicile, quelque longue que fût sa résidence dans le lieu où il veut célébrer son mariage: autrement il eût été bien inutile de spécifier le cas où la résidence est seulement de six mois. A cet égard, nous croyons qu'il faut distinguer: si la résidence est accompagnée d'un véritable domicile, on sera dispensé, après un an, depuis qu'elle existe, de faire les publications au dernier domicile. Dans l'ancienne jurisprudence, on était, en effet, dispensé

de les faire faire après un an de résidence dans la commune où le mariage devait être célébré. Mais si ce n'est qu'une simple résidence, nous croyons qu'à toute époque les publications doivent être faites au domicile réel dûment conservé. Il n'y a pas d'inconvéniens à ce qu'un individu fasse connaître son mariage dans le lieu où est le siége de son principal établissement, et il pourrait y en avoir beaucoup à ce qu'il ne le fît pas.

Si un individu qui a conservé un domicile réel dans telle commune, avait eu successivement depuis plusieurs résidences de six mois au moins dans d'autres communes, les publications commandées par l'article 167 devraient être faites au lieu du domicile. Ces résidences intermédiaires ne devraient être d'aucune considération. La loi parle du *dernier domicile.*

Si les futurs époux, ou l'un d'eux, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications doivent encore être faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent. (Art. 168.)

Ainsi, le mariage va être célébré à Paris, parce que l'une des parties, le futur, par exemple, y réside depuis six mois continus, mais ayant son domicile réel à Orléans; son père, ou tout autre ascendant du consentement duquel il a besoin, a le sien à Lyon : les publications devront être faites dans ces trois villes.

Si l'on suppose aussi que la future a son domi-

cile à Bordeaux, et que l'ascendant sous la puissance duquel elle se trouve placée, quant au mariage, a le sien à Marseille, les publications devront être faites aussi dans ces deux villes.

Si les futurs n'ont ni pères ni mères, ou que leurs pères et mères se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté; qu'il y ait des aïeuls ou aïeules dans chacune des deux lignes, ayant leurs domiciles dans des communes distinctes, les publications devront avoir lieu dans chacune de ces communes.

Enfin, s'il n'y a point d'ascendans, ou s'ils sont tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, comme l'on ne peut, avant l'âge de vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille, les publications devront être faites à la municipalité du domicile du mineur, parce que c'est dans cette commune qu'ordinairement s'assemble le conseil de famille.

§ III.

Des pièces exigées par la loi, qui doivent être remises à l'officier de l'état civil avant le mariage (1).

231. Ces pièces sont :

1° L'acte de naissance de chacun des futurs

---

(1) Lorsqu'il y a du doute sur l'identité de la personne qui veut se marier, avec celle dont il est mention dans les pièces exigées par la loi, c'est aux tribunaux, et non à l'autorité administrative, de décider sur cette contestation. Décret du 19 août 1808. Sirey, 1816, 2, 394.

époux. Celui des deux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer peut le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile. (Art. 70.) Cet acte doit contenir les déclarations faites par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parens ou non parens, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus, le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins doivent signer l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en doit être fait mention. (Art. 71.)

2° Les certificats des publications faites dans les divers domiciles. (Art. 69.)

3° L'acte portant le consentement des ascendans ou de la famille (lorsque les ascendans ne sont pas présens à la célébration). Cet acte doit être authentique, et il doit contenir les prénoms, nom et profession de l'époux auquel ce consentement est nécessaire, ainsi que de tous ceux qui ont concouru à l'acte, et leur degré de parenté. (Art. 73.)

La loi n'exige point qu'il soit produit par un mandataire chargé de représenter l'ascendant; en sorte qu'il suffit que l'époux lui-même le produise (1).

---

(1) Sur la question de savoir s'il peut contenir l'autorisation générale donnée à l'enfant de se marier avec qui bon lui semblera,

4° A défaut du consentement des ascendans, exprimé par leur présence ou par acte authentique, les futurs époux qui ont atteint l'âge compétent pour pouvoir consentir par eux-mêmes au mariage, doivent représenter les procès-verbaux des actes respectueux qui ont dû être faits.

5° Dans le cas où les futurs époux, ou l'un d'eux, ne pourraient représenter ni le consentement de leurs ascendans, ni les actes respectueux, parce que ces ascendans seraient morts ou absens (1), il faudrait, dans le premier cas, représenter les actes de décès, ou y suppléer de la manière expliquée précédemment, n° 88, et, dans le second, constater l'absence par la représentation des jugemens qui l'ont déclarée, ou qui ont ordonné l'enquête, ou enfin par un acte de notoriété, dans la forme expliquée au n° 87. (Art. 155.) (2)

6° La main-levée des oppositions, s'il y en a eu, ou les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des communes où les publications ont été faites, attestant qu'il n'existe point d'opposition. (Art. 69.)

---

ou s'il peut être délivré *en blanc*, *voyez* ce qui a été dit au n° 91 et suiv., *suprà*.

(1) *Voyez*, pour le cas où le père est interdit pour crime ou démence, ce qui a été dit aux n°s 34, 80 et suiv., *suprà*.

(2) Mais nous disons cela principalement pour le cas où c'est l'acte respectueux qui est exigé, parce que l'époux a acquis la majorité relative au mariage; car quand il s'agit du consentement de l'ascendant, il faut faire les distinctions que nous avons établies aux endroits cités.

7° Enfin, une expédition authentique des dispenses qui ont été accordées.

§ IV.

De la célébration du mariage en pays étranger.

232. Par application de la règle *locus regit actum*, consacrée par l'article 47, le mariage contracté en pays étranger (1) entre Français, et entre Français et étranger, est valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions relatives aux conditions requises pour la validité du mariage (art. 170), c'est-à-dire à celles qui concernent sa capacité, l'âge requis, le consentement des ascendans, etc.

233. Mais ces dispositions ne sont relatives qu'au Français : la capacité de l'étrangère à laquelle il s'unit est régie par les lois du pays de celle-ci ; en sorte que si ces lois lui permettent de se marier à douze, treize ou quatorze ans, elle peut se marier à cet âge avec un Français, quoiqu'une Française ne puisse nulle part se marier avant d'avoir accompli sa quinzième année, si elle n'a obtenu des dispenses du Roi.

234. Quant au mariage contracté entre Français,

---

(1) La loi n'exige pas qu'on y ait une résidence de six mois : la règle des six mois de résidence continue n'est que pour les mariages célébrés en France.

non-seulement il est valable, s'il a été célébré dans les formes et par les officiers du pays; mais il est valable aussi s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques français ou par les consuls. Cela résulte de l'article 48, qui porte que « tout acte de l'état civil des Français en pays « étranger sera valable s'il a été reçu, conformé- « ment aux lois françaises, par les agens diploma- « tiques ou par les consuls. » Cet article ne distingue pas entre les actes qui ne concernent qu'un Français, comme ceux de naissance et de décès, et ceux qui concernent deux Français, comme ceux de mariage. « Aujourd'hui, dit M. Merlin dans « son Répertoire, au mot *Mariage*, section 4, § 2, « aujourd'hui tout Français peut se marier en pays « étranger sans la permission du gouvernement; et « son mariage est valable, pourvu qu'il ait été cé- « lébré, soit dans les formes usitées dans le pays, « comme le permet l'article 170, soit devant les « agens diplomatiques ou consulaires de France, « dans les formes prescrites par les lois françaises, « comme le permet l'article 48. »

Mais tout en citant cette décision, nous ne l'adoptons toutefois pas dans son entier; elle a besoin, pour être juste, d'une distinction qu'elle ne fait pas : elle va au delà du véritable esprit du Code (1). Quoi qu'il en soit, nous croyons la nôtre d'autant

(1) En effet, le mariage entre Français et étranger ne peut pas indifféremment être célébré par les agens diplomatiques français et par les officiers du pays : il doit l'être par ces derniers.

mieux fondée, qu'elle a été confirmée par arrêt de cassation du 10 août 1819 (Sirey, 1819, 1, 492). « Attendu, dit cet arrêt, que si les agens diploma-« tiques ou les consuls ont été autorisés à recevoir les « actes de l'état civil des Français en pays étranger, « conformément aux lois françaises, il résulte clai-« rement, et de l'essence des choses et du texte de « la loi, qu'il ne s'agit ici *que des Français unique-« ment*, nos lois et nos agens n'ayant de pouvoir à « l'étranger que *sur les nationaux*, etc. » Donc le mariage des nationaux peut être célébré par nos agens diplomatiques ou nos consuls. Ainsi, nous croyons que c'est à tort aussi qu'il est dit, dans le Répertoire de M. Favart de Langlade(1), ouvrage d'ailleurs bien fait et d'une très grande utilité, que le mariage entre Français ne peut être célébré que suivant les formes usitées dans le pays étranger, par les officiers de ce pays. L'article 170 n'est point à cet égard conçu en termes restrictifs, mais bien en termes simplement explicatifs; il n'a point entendu déroger à la disposition générale et absolue de l'article 48.

235. Mais le mariage entre Français et étranger peut-il indifféremment être célébré suivant les formalités usitées dans le pays, par les officiers du pays, et, conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques français ou par les consuls?

---

(1) Au mot *Mariage*, sect. 3, § 2.

On l'a prétendu, en invoquant mal à propos les dispositions combinées des articles 47 et 48. La Cour de Rouen avait même adopté cette doctrine, par son arrêt du 24 février 1818 (1) (Sirey, 1812, 2, 139); mais sa décision a été cassée par l'arrêt du 10 août, dont il vient d'être parlé, et c'est avec raison.

En effet, on conçoit très bien que le mariage entre Français et étranger puisse être célébré suivant les formalités usitées dans le pays, attendu qu'il se trouve régi, en ce qui concerne l'étranger, par les lois auxquelles celui-ci est soumis, et en ce qui touche le Français, par la règle *locus regit actum.* Mais lorsqu'il est célébré suivant les lois françaises, évidemment l'étranger se trouve gouverné par des lois qui n'ont aucun empire sur lui, et il a pour ministres du mariage des officiers incompétens : il n'y a donc pas de mariage; tellement que le Français lui-même pourrait en demander la nullité.

236. Nous avons dit au tome I[er], n° 332, d'après la règle, *le militaire sous le drapeau, en pays étranger, est censé en France*, que ce n'est pas l'article 47 qui lui est applicable, relativement aux actes de l'état civil qui le concernent, mais bien

---

(1) La Cour de Paris, dans la même affaire, avait bien, avant la Cour de Rouen, déclaré le demandeur, le sieur Sommarippa, non-recevable dans sa demande en nullité; mais c'était faute, par son mandataire, de justifier suffisamment de l'existence de celui au nom duquel la nullité était demandée. L'arrêt de la Cour de Paris fut cassé pour un autre motif, et l'affaire renvoyée à la Cour de Rouen.

les lois françaises. Cela paraît en effet résulter des articles 88 et suivans du Code, et de l'interprétation qui leur a été donnée par l'instruction ministérielle du 24 brumaire an XII. Cependant un arrêt de la Cour de Colmar, du 25 janvier 1823 (Sirey, 1824, 2, 156), a décidé que le mariage d'un militaire français (rien n'indique qu'il fût prisonnier de guerre) avait pu aussi bien être reçu suivant les formes, et par les officiers du pays, que par les officiers français, d'après les articles 88 et suivans du Code civil, attendu que la qualité de Français est indivisible, et dès lors, que le militaire français peut invoquer le bénéfice de l'article 47, établi pour tous les Français qui sont en pays étranger. La même chose avait été jugée par la Cour de Paris, le 20 juillet 1820. (Sirey, 1820, 2, 307.)

237. La disposition de cet article 170, relative aux publications, paraît absolue, et faire de ces publications une condition de la validité du mariage: « *pourvu qu'il ait été précédé*, etc. » Probablement on a eu en vue la facilité qu'auraient eue les habitans des frontières d'aller se marier en pays étranger, pour s'affranchir de l'obligation de donner à leur union la publicité voulue par les lois, et l'on a voulu, en leur inspirant la crainte salutaire de s'exposer à la voir annuler, les détourner du dessein de les éluder. Aussi nous pensons que l'article 170 exige que les publications soient faites en France, attendu que, faites en pays étranger, les

Français intéressés à s'opposer au mariage n'en auraient aucune connaissance, et qu'ainsi le but de la loi serait manqué. Cela d'ailleurs résulte clairement de la discussion.

M. Toullier, tome Ier, page 485, dit que la formalité des publications prescrites par cet article 170, ne peut concerner que les Français qui n'auraient établi leur domicile en pays étranger *que par six mois de résidence;* et M. Delvincourt pense que cet article ne concerne point le Français qui demeure depuis long-temps en pays étranger..., et qui n'a en France ni domicile ni résidence, car les articles 63 et 66, auxquels se réfère l'article 170, ne peuvent plus s'appliquer, puisqu'il n'y a plus de domicile où puissent se faire les publications. Nous adoptons l'opinion de M. Delvincourt.

Quant à celle de M. Toullier, qui ne distingue pas si le Français a encore ou non un domicile réel en France, nous ne saurions l'admettre : car, *quid* si la résidence à l'étranger n'est que de six mois et quelques jours, et que le Français ait un domicile en France? S'il s'y mariait, il devrait faire faire les publications à son domicile (art. 167); à plus forte raison doit-il les y faire faire lorsqu'il se marie en pays étranger, puisque l'article 170 les prescrit bien plus sévèrement dans ce cas, qu'elles ne sont prescrites lorsque le mariage a lieu en France. Ajoutez que M. Toullier suppose *une résidence de six mois ;* qu'il exige, dans ce cas, que les publications soient faites en France, et qu'il dit cependant que lors-

que la résidence a une plus longue durée, la formalité des publications en France n'est plus exigée; ce qui réduirait la règle à peu près à une pure abstraction.

238. Au surplus, nous pensons que le défaut de publications n'entraîne point la nullité du mariage, lorsqu'il n'a pas été d'ailleurs célébré à l'étranger en vue seulement d'empêcher que la célébration fût connue en France; de même qu'il ne l'entraîne point à l'égard des mariages contractés en France, quand d'ailleurs les tribunaux jugent que les autres élémens de publicité se rencontrent à un degré suffisant. La Cour de Colmar a jugé en ce sens, par l'arrêt du 25 janvier 1823, cité au n° 236. Mais la nullité pourrait être prononcée, si, des circonstances de la cause, il résultait bien évidemment que les parties n'ont été à l'étranger célébrer leur mariage qu'en vue d'éluder la publicité en France; et dans ces derniers temps, plusieurs arrêts ont annulé des mariages contractés en Angleterre, où les parties ne s'étaient rendues que pour s'affranchir de l'obligation de faire les publications en France, pour contracter un mariage clandestin.

239. Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger doit être transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. (Art. 171.)

240. Le délai n'est point fatal : la loi n'attache

pas la nullité du mariage au défaut de transcription pendant ce délai ; les héritiers pourront même, après la mort de l'un des époux, la faire faire. Ainsi nous pensons que, lors même que la loi du 14 juillet 1819 (1) n'existerait pas, les enfans de ce mariage pourraient succéder en France, et réclamer, après avoir fait transcrire l'acte, les successions que d'autres auraient recueillies à leur préjudice, sauf à ceux-ci le droit de garder les fruits par eux perçus jusqu'à ce qu'ils eussent légalement connaissance de la célébration du mariage.

Mais la femme n'aurait d'hypothèque sur les biens de son mari que du jour de la transcription tardive de son mariage, et ni elle ni le mari ne pourraient, en invoquant l'article 225, demander l'annulation des engagemens qu'elle aurait contractés sans être autorisée.

Ne concluons toutefois pas de là que la femme, parce que la transcription n'aurait pas été faite dans les trois mois, ne pourrait demander la nullité d'un nouveau mariage contracté par son mari antérieurement à la transcription : l'inobservation de cette formalité ne saurait produire une fin de non-recevoir propre à couvrir ainsi indirectement une nullité d'une nature aussi grave. Elle pourrait toutefois rendre excusable celui qui aurait contracté en France un mariage avec l'un des époux mariés

---

(1) Qui accorde aux étrangers le droit de succéder, recueillir et disposer en France comme les nationaux.

dans l'étranger, parce qu'il serait censé l'avoir contracté de bonne foi, et dans l'ignorance de l'existence du premier mariage.

SECTION II.

Des formalités de la célébration.

SOMMAIRE.

241. *Formalités de la célébration.*
242. *Formalités de l'acte de célébration.*

241. Ces formalités sont tracées dans les articles 75 et 76, ainsi conçus :

« Le jour désigné par les parties, après les délais « des publications, l'officier de l'état civil, dans la « maison commune (1), en présence de quatre té- « moins, parens ou non parens, fera lecture aux « parties des pièces ci-dessus mentionnées, relati- « ves à leur état et aux formalités du mariage, et « du chapitre VI du titre *du Mariage, sur les droits « et devoirs respectifs des époux.* Il recevra de chaque « partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles « veulent se prendre pour mari et femme; il pro- « noncera, au nom de la loi, qu'elles sont unies « par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

242. « On énoncera dans l'acte de mariage,

« 1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux « de naissance et domiciles des époux;

---

(1) Nous verrons, en traitant des nullités du mariage, que l'oblition de le célébrer dans la maison commune n'est point prescrite à peine de nullité.

« 2° S'ils sont majeurs ou mineurs;

« 3° Les prénoms, noms, professions et domici-« les des pères et mères;

« 4° Le consentement des pères et mères, aïeuls « et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils « sont requis;

« 5° Les actes respectueux, s'il en a été fait;

« 6° Les publications dans les divers domiciles;

« 7° Les oppositions, s'il y en a eu; leur main-« levée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'op-« position;

« 8° La déclaration des contractans de se prendre « pour époux, et le prononcé de leur union par « l'officier de l'état civil;

« 9° Les prénoms, noms, âge, professions et do-« miciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont « parens ou alliés des parties, de quel côté et à quel « degré. »

CHAPITRE IV.

De la preuve du mariage.

SOMMAIRE.

243. *Nul ne peut réclamer le titre d'époux, s'il ne représente un acte de célébration de mariage inscrit sur les registres.*
244. *Un acte inscrit sur une feuille volante ne prouve donc pas le mariage.*
245. *La possession d'état la plus longue ne peut dispenser le prétendu époux qui l'invoque, de représenter l'acte de célébration;*
246. *Encore que le réclamant fût veuf et qu'il eût été reconnu comme époux par les collatéraux de l'autre partie.*
247. *Le principe s'applique aussi aux prétendus époux entre eux.*

248. *Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou qu'ils ont été perdus, et que cela est prouvé, le mariage peut être prouvé tant par registres et papiers domestiques, que par témoins.*

249. *Il en est de même si, au lieu de la perte des registres, quelques feuillets ont été supprimés ; mais, dans ce cas, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire quant à l'admission de la preuve testimoniale : arrêt.*

250. *Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration est représenté, les époux sont respectivement non-recevables à demander la nullité de l'acte.*

251. *Même dans ce cas, si l'acte n'a été inscrit que sur une feuille volante, il ne prouve pas le mariage : controverse sur ce point.*

252. *De ce que, au moyen de la possession d'état, les époux sont respectivement non-recevables à demander la nullité de l'acte* inscrit *sur les registres, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent demander la nullité du mariage, s'il a été contracté au mépris des dispositions de la loi.*

253. *Les enfans de deux individus décédés qui ont vécu publiquement comme mari et femme, sont dispensés de représenter l'acte de célébration.*

254. *Ancienne jurisprudence sur ce point.*

255. *Les enfans pourraient également être dispensés de représenter l'acte de célébration, si le survivant des père et mère était dans l'impossibilité de faire une déclaration, pour cause d'absence ou de démence.*

256. *Les droits des enfans ne sont pas irrévocablement fixés d'après leur position au moment du décès du prémourant de leurs père et mère, qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et dont l'acte de mariage n'est pas représenté ; c'est un point qui est subordonné aux circonstances.*

257. *De la suppression d'état.*

258. *Manières dont se commet le crime de suppression d'état.*

259. *L'omission de l'inscription d'un mariage sur les registres, ou l'inscription sur un autre registre que celui à ce destiné, ou sur une feuille volante, ne constitue point le crime de suppression d'état.*

260. *Mais la suppression frauduleuse de cet acte par l'officier de*

l'état civil le soumettrait à l'application de l'article 173 du Code pénal.

261. *Dans le cas de suppression de l'acte de mariage, l'inscription du jugement criminel sur les registres assure au mariage tous ses effets civils, du jour de sa célébration.*

262. *Si l'auteur du fait est décédé, l'action est dirigée au civil par le ministère public, sur la réquisition et en présence des parties.*

243. Relativement à la preuve du mariage, il importe de distinguer si c'est aux époux ou à l'un d'eux que cette preuve est demandée, ou si c'est aux enfans.

Si c'est aux époux ou à l'un d'eux, l'acte de célébration du mariage doit, en général, être représenté.

Ainsi, porte l'article 194, « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, « s'il ne représente un acte de célébration inscrit « sur les registres de l'état civil, sauf les cas prévus « par l'article 46, au titre *des Actes de l'état civil.* »

244. Un acte inscrit sur une feuille volante ne prouverait donc point le mariage. En cela le Code civil a établi des principes plus sévères et en même temps plus sûrs que ceux de l'ancienne jurisprudence, qui, à ce qu'il paraît, ne restreignait pas aussi rigoureusement la preuve des mariages aux seuls registres de l'état civil; car l'article 9 de la déclaration du 9 avril 1736, tout en attachant des peines très fortes à l'inscription d'un acte de célébration de mariage sur une feuille volante, laissait néanmoins aux parties, en général, le droit d'en

tirer la preuve du mariage : « En aucun cas, portait « cet article, lesdits actes de célébration ne peuvent « être écrits et signés sur des feuilles volantes; ce « qui sera exécuté à peine d'être procédé extraor- « dinairement contre le curé ou autre prêtre qui « aurait fait lesdits actes, lesquels seront condam- « nés à telle amende, ou autre plus grande peine « qu'il appartiendra, suivant l'exigence des cas, et « à peine, contre les contractans, de déchéance de « tous les avantages et conventions portés par le « contrat de mariage ou autres actes, même *de* « *privation d'effets civils, s'il y échet.* » Ces derniers mots, *s'il y échet*, laissent clairement entendre que la loi ne repoussait pas la preuve du mariage tirée de cette feuille volante, mais seulement que ce mariage pouvait être privé des effets civils, dans certains cas (1). Aujourd'hui la règle est plus positive : *Nul ne peut réclamer la qualité d'époux*

(1) Le Parlement de Paris avait déjà jugé, par arrêt de 1733, rendu dans l'affaire *Kerbabu*, qu'une feuille volante ne prouve pas le mariage, que c'est une pièce informe; et, en conséquence, la Cour a déclaré nul le prétendu mariage entre la demoiselle de Kerbabu et le comte de Hautefort. Cochin plaidait pour la famille de ce dernier, laquelle prétendait que le mariage n'avait jamais existé. (*Voyez* au tome III de ses Œuvres, le 49ᵉ plaidoyer.)

Au Répertoire de M. Merlin, au mot *Mariage*, on lit : « La Cour a « privé la demoiselle de Kerbabu des avantages de son contrat de « mariage avec le sieur de Hautefort, dont la célébration n'avait été « inscrite que sur une feuille volante. Denisart, qui cite cet arrêt, dit « que le mariage fut déclaré nul; c'est ce qui n'a pas dû être, puisque « la déclaration de 1736 ne prononce point cette peine. »

Mais, 1° l'acte portait la date de 1726, et par conséquent il n'était point régi par la *déclaration;* 2° l'arrêt est même antérieur à cette déclaration; et 3° il y a erreur de droit de la part de l'auteur

et les effets civils du mariage, s'il ne représente l'expédition d'un acte de célébration *inscrit sur les registres*, sauf les cas prévus à l'article 46, et sauf aussi ce que nous allons dire tout à l'heure sur la suppression de l'acte de mariage, ce qui est une suppression d'état d'époux.

245. La possession d'état d'époux la plus longue, la moins contestée, ne suffirait donc pas pour prouver le mariage, pour dispenser les prétendus époux qui l'invoqueraient, de représenter l'acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. A cet égard, nous n'avons pas adopté les principes de la jurisprudence romaine, suivant laquelle la longue cohabitation, l'honneur que le mari avait rendu à celle qu'il disait être sa femme, l'opinion publique, la croyance des voisins, paraissaient des preuves suffisantes de l'existence du mariage (1). Il n'est

---

de l'*article* du Répertoire, lorsqu'il dit que le mariage n'a pu être déclaré nul, attendu que la déclaration ne portait pas cette peine ; car, par ces mots : et même de privation d'effets civils, *s'il y échet*, elle laissait évidemment aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire à cet égard. Nous allons revenir sur ce point.

(1) *Voyez* la L. 9, Cod. *de Nupt.*

Le Parlement de Paris a toutefois appliqué le principe du Droit romain, par arrêt du 7 janvier 1676, rapporté par Soëfve, tome II, cent. 4, chap. 92. Cet arrêt a reconnu, comme ayant existé, le mariage de la veuve d'André Dohin, procureur au Parlement, et dont celle-ci ne rapportait point la preuve. Mais il y avait une possession publique de trente-huit ans, et le défunt passait pour un homme de mœurs très réglées ; c'est ce qui sauva la veuve, car elle avait fait une déclaration qui devait la perdre : elle avait déclaré s'être mariée tel jour, à telle paroisse; et vérification faite du registre, qui fut trouvé sain et entier, son mariage n'y était point inscrit. Le principe du Code est infiniment plus sage.

pas rare de voir, surtout dans les grandes villes, des individus qui, sans être mariés, se font cependant passer pour l'être, se donnant, par rapport au mariage, une possession d'état, la confirmant même faussement par un contrat de mariage et par les qualités qu'ils prennent dans des actes publics, et veulent ainsi attribuer au concubinage les droits qui n'appartiennent qu'au mariage. Les époux ne peuvent ignorer le lieu où ils se sont mariés, et il est juste qu'ils produisent l'acte qui fait foi de leur mariage. « La possession d'état, « porte l'article 195, ne pourra dispenser les pré-« tendus époux qui l'invoqueront respectivement, « de représenter l'acte de célébration devant l'offi-« cier de l'état civil. »

246. Il en est de même de celui qui se prétend être l'époux veuf d'une personne, encore que l'état de l'époux prétendu ne soit contesté que par des collatéraux plus de cinq ans après la mort du défunt, et que ces héritiers collatéraux paraissent avoir reconnu le mariage, en qualifiant leur adversaire *veuf de défunte*, etc., et en acceptant la tutelle de son enfant, comme d'un enfant légitime. Ainsi jugé par la Cour de Bruxelles, le 7 juin 1806. Sirey, 1806, 2, 350.

247. La même décision a lieu à l'égard des prétendus époux entre eux. Si l'un contestait le mariage, l'autre ne pourrait lui opposer, comme fin de non-recevoir, qu'il l'a laissé jouir du titre et

des droits d'époux légitime. Cette possession seule est sans effet.

248. Mais s'il n'a pas existé de registres à l'époque de la célébration, ou si ceux qui ont existé sont perdus, les époux et tous ceux qui ont intérêt à établir que le mariage a eu lieu, pourront, comme nous l'avons dit en parlant *des actes de l'état civil* (1), prouver ce fait, tant par titres que par témoins, et prouver ensuite le mariage, tant par registres et papiers domestiques que par témoins. (Art. 46.)

249. Si, au lieu de la perte des registres, il y avait eu seulement suppression ou lacération de quelques feuillets, la disposition de l'article 46 pourrait également être applicable, attendu que cette suppression est pour la partie la même chose que la perte du registre lui-même, chaque citoyen n'ayant intérêt qu'au feuillet qui contient l'acte de son état. Ce point a été jugé par la Cour de cassation dans une espèce qui mérite d'être rapportée, d'autant mieux que, par le même arrêt, la Cour a pareillement jugé que la célébration dans la *maison commune*, dont nous parlerons ultérieurement, n'est pas absolument essentielle à la publicité voulue par la loi, et que la présence des quatre témoins n'est pas non plus exigée à peine de nullité; que, sur tous ces points, les tribunaux sont appréciateurs des faits constitutifs de la publicité du mariage.

(1) Tome Ier, n° 293 et suivans.

Après le décès de *Jacques Sabouès*, arrivé le 25 septembre 1809, *Françoise Sarrade* s'est prétendue son épouse légitime (1).

A cet effet, elle a articulé que vers la fin de février ou au commencement de mars de la même année, elle a contracté mariage avec lui devant l'adjoint de la commune de Renung.

Ayant demandé une expédition de l'acte de célébration, elle ne put l'obtenir; et le 10 novembre 1809 le maire de la commune de Renung dressa procès-verbal, portant en substance que Françoise Sarrade ayant demandé une expédition de son acte de mariage, le maire a mandé le secrétaire de la mairie; qu'il lui a ordonné de délivrer cette expédition, mais qu'alors ce dernier a répondu que les feuilles sur lesquelles les publications et l'acte de mariage avaient été inscrits n'étaient pas dans les registres; que Jacques Sabouès, durant une maladie grave, s'était marié; qu'étant revenu en santé, il avait paru craindre que son mariage ne fût déclaré nul par le défaut du consentement de son père; qu'en l'absence du secrétaire de la munici-

(1) C'était, à ce qu'il paraît, un mariage tenu *secret*, du nombre de ceux qui, bien que contractés suivant les règles ordinaires, étaient néanmoins privés des effets civils par l'ordonnance de 1639, ainsi que les mariages *in extremis*, c'est-à-dire contractés à l'extrémité de la vie. Mais les dispositions de cette ordonnance se trouvent abrogées par la loi du 20 germinal an XII, sur la réunion en un seul Code, des lois qui composent le Code civil. D'ailleurs M. Portalis a déclaré formellement, dans l'exposé des motifs de la loi sur le mariage au Corps législatif, que les mariages *in extremis* ne sont point défendus par le Code.

palité, il s'était introduit dans son cabinet, s'était saisi des registres, en avait enlevé les feuilles qui le concernaient, et en avait altéré les chiffres cotés par le président du tribunal; que le secrétaire s'étant aperçu de ces soustractions et falsifications, Saboués convint qu'il en était l'auteur, et dit au secrétaire d'être sans inquiétude, parce que, sûr d'avoir le consentement de son père, il se proposait de contracter incessamment un mariage plus régulier.

Ce procès-verbal constatait aussi que les registres se composaient de huit feuillets chacun, et qu'il en avait été arraché quatre dans celui des publications, et deux dans celui des actes de mariage, et que, dans la vue de faire disparaître la trace de ces soustractions, on avait changé les mots et les chiffres servant à constater le nombre des feuillets ou à les coter.

Le mariage fut contesté par *Luc Saboués*, père de Jacques, défunt.

La cause portée au tribunal de Saint-Sever, Françoise Sarrade demanda à prouver par témoins le fait de son mariage avec Jacques Saboués, et cette demande fut accueillie.

Appel; et, le 12 mars 1812, arrêt confirmatif de la Cour royale de Pau. Après les enquêtes respectives, Luc Saboués et ses trois filles, intervenues au procès, ajoutent à leur défense, qu'en supposant qu'il eût existé un mariage entre Françoise Sarrade et Jacques Saboués, ce mariage serait nul,

soit parce qu'il n'a pas été célébré *dans la maison commune*, soit parce que *l'un des quatre témoins* signataires de l'acte *n'avait pas été présent à toute la célébration.*

19 mars 1812, arrêt définitif qui reconnaît l'existence du mariage et le déclare valable.

Pourvoi en cassation de la part de Luc Sabouès et de ses trois filles, contre les deux arrêts de la Cour royale de Pau.

Ils soutiennent que cette Cour a violé, 1° l'article 46 du Code civil, qui n'admet la preuve testimoniale que lorsqu'il n'a pas été tenu de registres, ou lorsqu'ils ont été perdus, et non lorsque quelques feuillets seulement en ont été enlevés (1); 2° l'article 75 du même Code, qui exige la présence de quatre témoins à l'acte de mariage; et 3° encore ce même article, qui veut que le mariage soit célébré dans la maison commune.

Mais, par arrêt de la section civile, du 21 juin 1814 (Sirey, 1814, 1, 291), le pourvoi a été rejeté en ces termes :

« La Cour, sur les conclusions de M. le procu-
« reur-général, statuant sur le pourvoi dirigé contre
« l'arrêt du 4 mars 1812, vu l'article 46 : attendu
« que la disposition de cet article n'est aucune-

(1) Nous avons parlé de ce cas au tome Ier, n° 296, et cité l'arrêt de la Cour de cassation.

Nous ferons remarquer, au surplus, que, sans le moindre doute, les articles 198 et 200 combinés donnaient à Françoise Sarrade le droit d'établir, mais au civil, à cause de la mort de l'auteur du fait, l'existence de son mariage par la seule preuve testimoniale.

« ment limitée au seul cas de la perte totale et ab-
« solue des registres de l'état civil; que la perte ou
« la soustraction d'une seule feuille desdits registres
« peut, selon les circonstances, être considérée par
« les juges comme équivalente à la perte totale de
« ces registres, dans l'intérêt de la partie qui pré-
« tend que son acte de naissance, mariage ou dé-
« cès a dû être inscrit sur la feuille perdue ou
« soustraite;

« Que c'est là un fait dont les conséquences ap-
« partiennent à l'arbitrage des juges, qui peuvent,
« en pareil cas, admettre la preuve testimoniale de
« l'acte dont elle a intérêt d'établir l'existence;
« qu'il suit de là que la Cour royale de Pau, après
« avoir reconnu et constaté en fait, dans l'espèce,
« les altérations et soustractions de feuilles prati-
« quées aux registres de l'état civil de la commune
« de Renung, a pu, en appréciant les circonstances
« de la cause, et notamment en rapprochant les
« dates auxquelles se référait la lacune existante sur
« ces registres, avec l'époque assignée au mariage
« de Jacques Sabouès et de Françoise Sarrade, ad-
« mettre cette dernière à la preuve par témoins du-
« dit mariage, sans encourir le reproche d'une fausse
« application de l'article sus énoncé;

« Statuant pareillement sur le pourvoi dirigé
« contre l'arrêt du 19 août 1812 : vu les articles 75,
« 165, 193 du Code civil, attendu que si la célé-
« bration du mariage dans la maison commune est
« prescrite par l'article 75, cependant cet article ni

« aucun autre de la loi n'attachent à l'inobservation « de ce précepte la peine de nullité du mariage; « que cette inobservation n'est même pas rappelée « dans le chapitre IV du titre V du même Code, qui « traite de celles qui peuvent donner lieu aux de- « mandes en nullité du mariage, et notamment « dans l'article 193, qui se réfère plus spécialement « à l'article 165, et dont la constatation est le fait du « juge; en sorte que s'il lui apparaît d'ailleurs par « le rapprochement des autres faits et circonstances, « que cette publicité est suffisamment constatée, et « que le vœu de la loi est en ce point suffisamment « rempli, le juge peut s'abstenir d'annuler le ma- « riage pour le seul motif du défaut de célébration « dans la maison commune; qu'ainsi, en rejetant « la demande en nullité du mariage de Sabouès et « de la fille Sarrade, en ce qu'il avait été célébré « dans le domicile de Sabouès, au lieu de l'être « dans la maison commune, la Cour royale *n'a fait* « *qu'user d'un pouvoir discrétionnaire qui lui était* « *conféré par la loi.....;*

« Sur le troisième moyen, que les principes « énoncés plus haut, par rapport au défaut de cé- « lébration dans la maison commune, s'appliquent « également au défaut de présence de l'un des quatre « témoins signataires de l'acte de mariage; que « cette présence n'est pareillement qu'un des élé- « mens de la publicité voulue par la loi, et qu'à cet « égard, c'est d'après la nature et le rapprochement « des faits qui attestent ou repoussent cette publi-

« cité, que les juges peuvent admettre ou rejeter « la demande en nullité de mariage, en tant qu'elle « est fondée sur l'insuffisance du nombre des té- « moins présens à l'acte (1) : Rejette. »

250. « Lorsqu'il y a possession d'état, et que « l'acte de célébration du mariage devant l'officier « de l'état civil est représenté, les époux sont res- « pectivement non-recevables à demander la nullité « de cet acte. » (Art. 196.)

Ainsi l'un des époux n'en pourrait demander la nullité sur le fondement que les formalités suivant lesquelles il devait être rédigé n'ont point été observées; que l'un ou plusieurs des témoins n'avaient pas les qualités requises; que leur nombre n'était pas complet; qu'il n'a point été fait mention des consentemens des familles ou des actes respectueux, etc.

251. Mais nous ne pouvons adopter l'opinion de MM. Delvincourt et Toullier, qui décident transitoirement, il est vrai, que, quand même l'acte n'est inscrit que sur une feuille volante, les époux, s'il y a possession d'état, sont non-recevables à en de-

---

(1) C'est en conformité de ces principes, que la Cour royale de Caen a, par son arrêt du 13 juin 1819 (Sirey, 1819, 2, 225), annulé un mariage auquel *trois femmes* avaient assisté comme témoins signataires de l'acte. La nullité était demandée *entre époux* pour défaut de *publicité*; et la Cour a reconnu que rien ne pouvait couvrir ce vice lorsqu'il existait à un tel degré de gravité; que le vœu de la loi avait été complétement méconnu. Au surplus, nous reviendrons sur ces points.

mander la nullité; ce qui revient à dire qu'il prouve le mariage entre eux, contre eux, et à leur profit, comme on va le voir.

D'abord si cette feuille n'était point signée des parties, tous les principes la repousseraient, lors même qu'elle contiendrait la mention de leur déclaration de ne savoir signer, la signature de l'officier de l'état civil et celle des témoins; car cet officier est *incapable* lorsqu'il inscrit un acte ailleurs que sur les registres à ce destinés, la loi ne l'ayant préposé que pour inscrire sur les véritables registres les actes dont elle lui a confié la rédaction. Nous ne saurions voir, en effet, le ministère d'un officier de l'état civil dans le fait de celui qui inscrirait, par exemple, sur ses registres et papiers domestiques, les actes de l'état des citoyens : en ce moment il se dépouille de son caractère. Ce n'est point là un simple vice de forme, dont veut évidemment parler l'article 196, qui, par son rapprochement avec ceux qui le précèdent, suppose nécessairement que l'acte irrégulier a été *inscrit sur les registres;* c'est l'absence de tout acte de mariage : dès lors l'officier de l'état civil n'a pu imprimer l'authenticité à la prétendue déclaration des parties qu'elles ne savaient signer; c'est un acte qui est resté sans force obligatoire pour elles, suivant le principe général consacré par l'article 1318. Le mariage n'est donc point prouvé par cette feuille.

Mais allons plus loin : supposons le cas où la question peut présenter un doute plus grave, le

cas où la feuille volante est signée des parties, de l'officier de l'état civil et des témoins, comme celle que produisait la demoiselle de Kerbabu, et qui fut cependant déclarée sans effet, quoique la déclaration de 1736 ne fût pas encore rendue.

En premier lieu, les époux sont en faute de n'avoir point fait inscrire leur acte de mariage sur le registre à ce destiné. Ils savaient ou devaient savoir que c'était sur ce registre qu'ils devaient sceller leurs conventions, immédiatement après le prononcé de leur union par l'officier de l'état civil (art. 75). Aussi la déclaration de 1736, précitée, les punissait-elle de cette faute par la déchéance absolue de toutes les conventions matrimoniales.

En second lieu, l'article 45 n'attache d'authenticité aux extraits des actes de l'état civil, qu'autant que ces extraits sont conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de première instance : or, ici l'acte n'est point inscrit sur les registres. Même décision dans l'article 194 : « Nul « ne peut réclamer le titre d'époux et les effets « civils du mariage, s'il ne représente un acte de « célébration, *inscrit* sur le registre de l'état civil; « sauf les cas prévus par l'article 46. » L'on voit que cet article est infiniment plus impératif que la déclaration, quoiqu'elle autorisât l'annulation du mariage, *s'il y échéait*, puisqu'il n'apporte que cette seule exception : le cas où les registres ont été perdus ou qu'il n'en a pas existé. De plus, l'article 195 porte que « la possession d'état ne peut dis-

« penser les prétendus époux qui l'invoqueront « respectivement, de représenter l'acte de célébra- « tion ; » et il est bien évident que c'est l'acte de célébration dont il vient d'être parlé, c'est-à-dire l'acte de célébration *inscrit* sur les registres. Enfin, si l'article 196 dit que : « Lorsqu'il y a possession « d'état, et que l'acte de célébration du mariage « devant l'officier de l'état civil est représenté, les « époux sont respectivement non recevables à de- « mander la nullité de cet acte, » cet article entend également parler de l'acte *inscrit* sur les registres.

Ainsi, comme une feuille volante ne constitue point un acte authentique, parce que l'officier de l'état civil, en l'écrivant, ne remplissait point son ministère, on doit dire que la signature des parties apposée à cette feuille ne pourrait, d'après l'art. 1318, que lui donner la force d'écriture privée; et les actes de l'état civil ne valent pas comme écriture privée: il faut qu'ils soient authentiques ; ils ne font preuve que lorsqu'ils ont cette qualité.

Tel est l'esprit de la loi. Voyons maintenant les conséquences qui résulteraient du système contraire.

Si les époux sont respectivement non-recevables à demander la nullité de l'acte, et par conséquent si le mariage se trouve prouvé par lui, il faudra dire aussi que le survivant pourra s'en prévaloir contre les héritiers du prédécédé, comme la demoiselle de Kerbabu voulait se prévaloir, contre les héritiers du comte de Hautefort, de son prétendu acte de mariage, inscrit aussi sur une feuille

volante. En effet, si l'article 196, dans le système que nous combattons, rend les époux respectivement non-recevables à demander la nullité de l'acte, c'est assurément parce qu'il reconnaît l'existence du mariage : or, évidemment, il ne la reconnaît qu'en considération de l'acte, puisque, d'après l'article précédent, la possession d'état la plus constante, seule, est sans force entre les époux. Ainsi donc, si cet article 196 suppose que le mariage existe, s'il le regarde comme suffisamment prouvé par cet acte informe, soutenu de la possession d'état, il faut dire que la mort de l'un des époux est une circonstance indifférente, qu'elle n'empêche point que le mariage n'ait existé, et dès lors que le survivant peut, au moyen de ce même acte et de la possession d'état, le prouver vis-à-vis des héritiers du prédécédé, comme il aurait pu le prouver vis-à-vis de ce dernier lui-même. *Vice versâ*, on doit dire aussi, par la même raison, que les héritiers de celui-ci, et surtout les enfans, peuvent prouver de la même manière le mariage vis-à-vis du survivant, puisqu'ils ont les droits de leur auteur : car, en disant que les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de l'acte, l'article ne veut pas dire uniquement qu'ils sont non-recevables entre eux; il veut dire aussi que ni l'un ni l'autre n'est recevable à se prévaloir de la nullité, quel que soit son adversaire.

Il y aurait d'ailleurs de l'inconséquence à refuser aux enfans le droit qui serait accordé à l'époux dé-

cédé, eux qui sont aux yeux de la loi bien plus favorables, puisque, dans le cas prévu à l'article 197, leur légitimité ne peut être contestée sur le seul défaut de représentation d'acte de célébration du mariage, tandis que les prétendus époux n'en peuvent invoquer les effets qu'en représentant cet acte, sauf les cas prévus à l'article 46.

Ainsi, le résultat de ce système serait qu'un mariage dépouillé de la plus importante des formalités prescrites par la loi, se trouverait néanmoins prouvé entre les époux, pour ou contre le survivant, et pour ou contre les héritiers, même collatéraux, quoique le principe fondamental en cette matière soit que nul ne puisse réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration *inscrit* sur les registres, sauf le cas de perte de ces registres.

252. Au reste, il ne faut pas confondre l'acte avec le mariage lui-même. Le mariage peut être attaqué, nonobstant le titre et la possession, pour toutes les causes auxquelles s'appliquent les articles 184 et 191 : bigamie, inceste, défaut d'âge compétent, défaut de publicité, incompétence de l'officier public; ainsi que pour les causes qui produisent une nullité relative, toutes nullités dont nous parlerons bientôt.

253. Les époux, avons-nous dit, ne peuvent ignorer la commune où ils se sont mariés, et la loi a dû, en général, les obliger à rapporter un

acte de célébration du mariage dont ils réclament les effets. Mais il n'en est pas ainsi des enfans : ils peuvent ignorer le lieu où le mariage de leurs père et mère a été célébré; et, dans cette supposition raisonnable, la loi ne pouvait les assujettir à produire l'acte de célébration. Aussi l'article 197 les en dispense-t-il, en ces termes :

« Si, néanmoins, dans le cas des articles 194 et « 195, il existe des enfans issus de deux individus « qui ont vécu publiquement comme mari et femme, « et qui soient tous deux décédés, la légitimité des « enfans ne peut être contestée sous le seul prétexte « du défaut de représentation de l'acte de célébra- « tion, toutes les fois que cette légitimité est prouvée « par une possession d'état qui n'est point contredite « par l'acte de naissance. » (Art. 197.) (1)

Il faut donc le concours de ces quatre conditions, pour que les enfans qui réclament les effets de la légitimité soient dispensés de produire l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère :

---

(1) Ce principe a été consacré par le Parlement de Paris dans l'affaire *Bourgelat*, plaidée par Cochin, et dans laquelle ce grand avocat jeta les premiers fondemens de cette célébrité si justement attachée à son nom. (*Voyez* tome II de ses Œuvres, 32e plaidoyer.)

Pierre Bourgelat, échevin de Lyon, avait eu deux enfans d'Hiéronyme Caprioli, originaire de Rome, et qui avaient été baptisés comme leurs enfans légitimes; il jugea à propos, après la mort de leur mère, et en vue de passer à de nouvelles noces, de traiter le seul fils qui lui restait, comme son enfant naturel. Hiéronyme Caprioli avait été enterrée en qualité de femme Bourgelat; et par son testament, ses enfans étaient qualifiés légitimes. Le sieur Bourgelat y était nommé son mari. Pierre Bourgelat étant mort, ses enfans du second lit contestèrent l'état de l'enfant du premier. Leur moyen

1° Que ceux-ci aient vécu publiquement comme mari et femme, ce qui constitue la possession d'état d'époux;

2° Que tous deux soient décédés;

3° Que les enfans eux-mêmes aient la possession d'état d'enfans légitimes, dont les caractères sont expliqués à l'article 321;

Et 4° Qu'on ne leur oppose point un acte de naissance qui contredirait leur possession d'état d'enfans légitimes, en les qualifiant enfans naturels.

D'où il suit qu'ils n'ont pas besoin de produire un acte de naissance : la possession d'état leur suffit (art. 197 et 320); seulement il faut qu'on ne leur en oppose point un qui serait contraire à leur possession, et qui prouverait par cela même qu'elle a été usurpée; en sorte que ceux qui leur opposeraient un acte de naissance qui les qualifierait enfans naturels seraient obligés d'établir l'identité de l'individu avec celui dénommé à cet acte. Nous reviendrons sur ces points lorsque nous traiterons

---

était qu'on ne rapportait point l'acte de célébration du mariage entre Pierre Bourgelat et Hiéronyme Caprioli, qu'ils disaient avoir été concubine de leur père. Mais le fils du premier lit (et après lui sa veuve) répondait que le mariage avait été célébré en Italie, où les usages sont différens de ceux de France. Il avait fait entendre des témoins, en exécution d'un arrêt de la Cour, qui l'avait admis à prouver que le contrat de mariage de ses père et mère avait été vu de plusieurs personnes; la preuve était complète. Par ces raisons, la veuve du fils de Hiéronyme Caprioli, son héritière testamentaire, fut admise à partager la succession de Pierre Bourgelat avec les autres enfans, par arrêt du 20 juillet 1728. Cochin en cite plusieurs autres rendus dans le même sens.

de la preuve de la filiation des enfans légitimes, au titre *de la Paternité et de la filiation;* mais nous ferons cependant ici quelques observations sur cet important article 197.

254. Il faut que les père et mère *soient tous deux décédés.* M. Delvincourt dit qu'anciennement il suffisait qu'un des époux fût mort, pour que les enfans fussent dispensés de rapporter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, parce qu'on pensait qu'il ne fallait pas laisser à l'un des époux la faculté de priver l'enfant de son état par une réticence coupable. Ce jurisconsulte ajoute que l'on a bien fait d'exiger le décès des deux époux, attendu qu'il est difficile de supposer qu'un père ou une mère haïsse ses enfans au point de vouloir les priver de leur état, au risque de passer lui-même pour avoir vécu en concubinage; que si cela arrivait, ce serait un de ces malheurs résultant de l'imperfection qui caractérise, en général, les ouvrages des hommes. Mais cela, dit-il, n'est pas à comparer aux dangers qu'il y aurait de procurer à des enfans issus d'un commerce criminel la facilité d'acquérir l'état d'enfans légitimes par une possession d'état, toujours si aisée à acquérir, lorsque le père et la mère sont d'accord pour la favoriser.

Les nombreux arrêts cités par Cochin, et quelques autres que nous avons trouvés dans les divers répertoires, ont tous statué sur des cas où les deux époux étaient décédés; mais nous n'inférons pas de là

que l'observation de M. Delvincourt manque d'exactitude : seulement nous dirons que le raisonnement de ce jurisconsulte, vrai en général, serait sans force dans le cas où le survivant des époux, voulant, comme Bourgelat, dont il vient d'être parlé, contracter plus avantageusement un second mariage, méconnaîtrait la légitimité de ses enfans du premier lit, nonobstant la possession d'état de ceux-ci et leur acte de naissance conforme à cette possession, sur le fondement que l'acte de célébration du mariage dont ils sont issus ne lui est pas représenté. Dans ce cas, nous l'avouerons, le système de l'ancienne jurisprudence, tel que le présente M. Delvincourt, serait préférable à celui consacré par l'article 197, qui exige que les deux époux soient décédés pour que les enfans soient dispensés de représenter l'acte de célébration du mariage.

Et que dirait-on, en effet, si les actes de naissance des enfans étaient signés du survivant des époux, qui conteste maintenant la légitimité de ces mêmes enfans? Cet époux ne devrait-il pas être déclaré non-recevable? Nous le pensons.

Mais à l'égard des tiers, par exemple, des parens de la mère décédée, les enfans ne pourraient argumenter, tant que leur père vivrait, de la possession d'état des époux, de leur propre possession, ni de leur acte de naissance, quoiqu'il fût signé de leur père; car ce n'est pas dans un acte de naissance qu'il faut aller puiser les preuves de la légitimité : elle ne résulte que du mariage des père et mère.

255. Si l'on suppose que, pour cause de démence ou d'absence déclarée, le survivant des père et mère soit dans l'impossibilité de déclarer où il s'est marié, les enfans pourront-ils invoquer le bénéfice de l'article 197 ?

Si l'on s'attachait rigoureusement aux termes de la loi, il faudrait décider pour la négative : l'article 197 ne dispense de rapporter l'acte de mariage que dans le cas où *les père et mère sont décédés.* On pourrait même ajouter qu'il s'agit ici d'une dérogation au Droit commun, d'nne exception qui, suivant les règles, doit être sévèrement restreinte au cas pour lequel le législateur l'a établie.

Mais si l'on consulte l'esprit de cet article, et les motifs qui l'ont dicté, il nous paraît évident qu'en ce cas l'impossibilité où est le survivant des père et mère de manifester ses conceptions et de donner des renseignemens, doit avoir, vis-à-vis de l'enfant, le même résultat que son décès : l'enfant, dans l'un et l'autre cas, se trouve dans l'impuissance de désigner le lieu de la célébration du mariage dont il est issu. Ce n'est pas seulement l'existence physique du père ou de la mère que le législateur a dû avoir en vue, pour lui donner de l'influence sur l'état de l'enfant : c'est aussi son existence morale ; et quand cette existence morale est anéantie par suite de démence ou de fureur, le motif de la loi parlant hautement, son application doit aussi avoir lieu.

Cependant, il faut le dire, cette décision restera

généralement soumise à l'interprétation discrétionnaire des tribunaux, car il serait difficile que la Cour suprême annulât un arrêt qui se serait attaché à la lettre de l'article 197.

Si le survivant était mort civilement, et que son existence fût connue, les enfans ne devraient point être admis à invoquer la disposition de l'article précité. Le mot *décédés*, dans l'esprit de cette loi, s'entend du décès naturel; la mort civile n'est d'ailleurs jamais appelée *décès*. (Art. 22, 25, 617, 718, 1441 et 1982.)

256. Il faut donc, en principe, pour que l'enfant puisse réclamer les effets de la légitimité en vertu de l'article 197, que les père et mère soient tous deux décédés, tellement qu'à la mort de l'un d'eux, l'enfant ne pourrait prétendre à sa succession comme enfant légitime, s'il ne rapportait l'acte de célébration du mariage. Mais doit-on conclure de là que ses droits à cet égard sont irrévocablement fixés d'après son état, ou pour mieux dire sa position, au moment de l'ouverture de la succession?

Non sans doute : l'article n'est pas attributif, mais bien déclaratif (implicitement du moins) de la légitimité. L'accomplissement de toutes les conditions qu'il renferme tient lieu à l'enfant de la représentation de l'acte de mariage, et doit, en principe, produire les mêmes effets. La légitimité s'est identifiée avec l'enfant à l'époque même de sa con-

ception. Ainsi, après la mort du survivant des père et mère, cet enfant pourra réclamer ses droits d'enfant légitime sur la succession du prédécédé, pourvu qu'il n'ait pas pris en majorité la qualité d'enfant naturel, pour avoir, à ce titre, une part dans cette succession, ou, s'il était mineur, que le survivant ne la lui ait pas fait prendre, et n'ait pas tenu à son égard une conduite qui l'aurait dépouillé de sa possession d'état, en cessant de le traiter comme enfant légitime; et c'est ce qui serait arrivé s'il ne l'avait pas défendu contre la prétention de ceux qui ont réclamé la succession. Le silence de l'enfant qui est présent, ou celui du survivant des père et mère, quand l'enfant est mineur, prolongé pendant un temps plus ou moins long, pourrait aussi, suivant les circonstances, le mettre en dehors de l'article 197, de manière que, même après le décès du dernier mourant, il lui serait impossible de prétendre sur la succession de l'un ou de l'autre les droits d'enfant légitime.

Mais si sa possession d'état n'a point été altérée par suite de l'ouverture de la successsion du prédécédé, par exemple, si les père et mère sont morts à des époques rapprochées, sans qu'il ait pris ou qu'il lui ait été donné la qualité d'enfant naturel par le survivant, alors il pourra réclamer la succession de l'un et de l'autre, attendu que l'article doit produire, après le décès des père et mère, le même effet que produirait la représentation de leur acte de mariage, toujours dans la supposition que

l'enfant remplit parfaitement toutes les conditions exigées par cet article ; car il ne suppose pas nécessairement qu'il est déjà en possession de l'hérédité de ses père et mère lorsqu'on veut contester sa légitimité. Il ne lui donne pas seulement le droit d'établir son état par voie d'exception, et comme défendeur à l'action en pétition d'hérédité : il est absolu, et il devait l'être, puisque si la loi n'eût pas reconnu dans ce cas l'existence de la légitimité, elle ne l'eût pas plus reconnue dans les enfans défendeurs que dans les enfans demandeurs.

257. Lorsqu'à l'époque de la célébration du mariage il existait des registres, que ces registres n'ont point été perdus depuis, qu'il n'y a point été commis de suppression ou destruction de feuillets, nul ne peut, avons-nous dit, réclamer le titre d'époux ni invoquer les effets du mariage ; car aucune preuve testimoniale, aucuns registres ou papiers domestiques ne seraient avoués par la loi, même dans une action intentée au civil, et bien que le réclamant n'agît à cet égard que par voie d'exception : c'est la faute des prétendus époux de n'avoir pas fait inscrire leur acte de mariage sur les registres.

Mais le crime a pu rendre vaine la précaution qu'ils avaient prise à cet égard ; l'officier de l'état civil, ou tout autre, a pu frauduleusement supprimer le registre des actes de mariage, ou le feuillet qui contenait celui dont il s'agit, ou le dégrader, le rendre illisible :

dans tous ces cas, cette fraude donne aux époux, et à tous ceux qui ont intérêt à faire déclarer le mariage valable, et même au ministère public, le droit de poursuivre criminellement le coupable: c'est un crime de suppression d'état d'époux.

258. Il y a trois sortes de suppressions d'état, d'après le Code pénal actuel :

L'une s'opère par la destruction des preuves de l'état civil d'une personne, soit par soustraction, soit par lacération des registres publics qui constatent cet état. Si le crime a été commis par un dépositaire des registres, la peine est celle des travaux forcés à temps (art. 173, *ibid.*); et s'il est commis par tout autre, la peine est celle de la réclusion (art. 439, *ibid*). Mais le dépositaire des registres n'est pas moins civilement responsable des altérations ou suppressions (art. 51, Code civil), à moins qu'il n'y ait eu force majeure à laquelle il n'a pu résister.

La seconde consiste dans l'enlèvement, le recel ou la suppression d'un enfant; elle est punie de la peine de la réclusion. (Art. 345, Code pénal.)

Enfin la troisième s'opère par la substitution d'un enfant à un autre, ce qui forme à la fois deux suppressions d'état; ou par la supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée. Ce crime est pareillement puni, par le même article, de la peine de la réclusion.

259. Mais il n'y a pas suppression d'état dans le

fait prétendu d'un officier de l'état civil qui a omis d'inscrire un mariage sur les registres. D'abord, les parties doivent s'imputer de ne l'avoir point fait inscrire : elles savaient ou devaient savoir qu'elles devaient signer leur acte de mariage immédiatement après son inscription sur les registres. En second lieu, il n'y a pas, dans ce cas, suppression d'acte ou de *titre*, en prenant ce mot dans le véritable sens qui y est attaché par l'article 173 du Code pénal. Enfin, s'il était permis aux prétendus époux de venir alléguer la fraude de l'officier de l'état civil, qui, selon eux, a omis volontairement d'inscrire sur les registres leur soi-disant acte de mariage, ils arriveraient indirectement, à l'aide d'une procédure criminelle autorisée par l'article 198, mais pour d'autres cas, à établir le mariage par la preuve testimoniale, contre le vœu formel de l'article 194.

Quand l'acte de mariage a été incrit sur un autre registre que celui à ce destiné, ou sur une feuille volante, et qu'il n'a point été détruit, évidemment encore il n'y a pas suppression d'état : il y a seulement lieu d'appliquer les dispositions des articles 50, 52, Code civil, et 192, Code pénal. Elles seraient appliquées même sur la plainte des parties, bien que celles-ci soient en faute de n'avoir pas fait inscrire leur acte de mariage sur le registre, où elles devaient le signer immédiatement après le prononcé de leur union par l'officier de l'état civil (art. 75, Code civil). Plus indulgente pour elles

que pour l'officier en qui elle a placé sa confiance, la loi les autorise même à former contre lui une demande en dommages-intérêts.

260. Mais s'il supprimait frauduleusement cet acte, y aurait-il suppression d'état? La raison de douter se tire de ce que nous avons dit précédemment, qu'une feuille volante, même soutenue de la possession d'état, ne prouve point le mariage; d'où l'on peut conclure que la suppression de cet acte n'est point la suppression du titre des parties, puisque ce n'en était pas un valable. Mais, d'abord, l'officier de l'état civil n'était point juge du mérite de cet acte : dans certains cas, les tribunaux auraient pu y avoir tel égard que de raison, car ce que nous avons dit à ce sujet n'est qu'une opinion personnelle; en second lieu, il y a eu suppression *d'un acte* quelconque, dont l'officier était dépositaire, et par conséquent il serait toujours passible de la disposition de l'article 173 du Code pénal, quand même, à cause de l'inefficacité de cet acte, il n'aurait pas commis une véritable suppression d'état d'époux; enfin, il ne doit point se faire, de son propre délit d'avoir inscrit l'acte autrement que sur le registre à ce destiné, une excuse pour le crime qu'il a commis en le supprimant : la faute qui précède le crime ne l'excuse pas plus que la faute qui le suit.

261. Dans le cas de suppression de l'acte de mariage, ou d'altération ou falsification des registres,

comme aussi dans celui d'inscription sur une feuille volante (1), ou autrement que sur les registres à ce destinés, il y a lieu, soit de la part de tous ceux qui ont intérêt à faire reconnaître l'existence du mariage, soit de la part du ministère public, à une action criminelle ou correctionnelle, suivant les différens cas, et, « Si la preuve de la célébration du « mariage se trouve acquise par le résultat d'une « procédure criminelle (2), l'inscription du juge- « ment sur les registres de l'état civil assure au ma- « riage, à compter du jour de sa célébration, tous « les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à « l'égard des enfans issus de ce mariage. » (Article 198.) (3)

« Si les époux, ou l'un d'eux, sont décédés sans « avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut « être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire

---

(1) Nous supposons ici, sur ce cas, que le mariage n'est pas contesté.

(2) On doit prendre ce mot *lato sensu*, comme exprimant aussi bien le cas où l'action serait seulement de la compétence des tribunaux correctionnels (par exemple lorsqu'il y a eu inscription de l'acte sur une feuille volante), que le cas où elle serait portée devant la Cour d'assises pour suppression de l'acte de mariage. Hors du Code pénal, où l'on s'est soigneusement attaché à bien qualifier les crimes, les délits et les contraventions, les mots *crime*, *action criminelle*, sont souvent des expressions génériques qui embrassent aussi les simples délits; comme le mot *délit* comprend aussi les crimes proprement dits. On en trouve la preuve dans la rubrique qui précède l'article 1382 du Code civil, et le Code pénal de l'an 4 était même intitulé : *Code des délits et des peines*.

(3) Nous verrons qu'il en est autrement en matière de filiation. (Art 326 et 327.)

« déclarer le mariage valable, et par le procureur « du Roi. » (Art. 199.)

Ces mots, *sans avoir découvert la fraude*, sont simplement employés dans un sens énonciatif, attendu qu'il ne serait pas juste que l'insouciance ou la négligence des époux, qui, pour ne pas se jeter dans les embarras d'un procès criminel, quand d'ailleurs personne ne contestait leur qualité, n'ont point réclamé contre la suppression de leur acte de mariage, pût priver les enfans du moyen que la loi a voulu leur accorder pour établir leur état.

262. Enfin, « Si l'officier public est décédé lors « de la découverte de la fraude, l'action doit être « dirigée au civil contre ses héritiers, par le pro- « cureur du Roi, en présence des parties intéres- « sées, et sur leur dénonciation. » (Art. 200.)

On a voulu éviter l'effet de la connivence entre les héritiers de l'officier de l'état civil et des individus qui chercheraient à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'a jamais existé. D'autre part, comme le crime est éteint par la mort du coupable, le ministère public n'a pas le droit d'intenter l'action de son propre mouvement : il faut que le fait lui soit dénoncé par les parties intéressées, et que les parties soient elles-mêmes en cause, puisqu'il ne s'agit maintenant que de leur intérêt.

Quoique cet article ne parle que de la mort *de l'officier public*, son application n'est pas néanmoins

restreinte au cas seulement où cet officier était l'auteur du crime; l'article 51 suppose aussi que d'autres peuvent s'en rendre coupables, parce qu'en effet il n'est pas impossible qu'un tiers ne supprime un feuillet du registre : dans ce cas, il est bien certain que l'application de l'article 200 sera déterminé par la mort du coupable, et non par celle du dépositaire des registres.

CHAPITRE V.

Des demandes en nullité du mariage.

SOMMAIRE.

263. *Le mariage n'est pas nul de plein droit, quels que soient les vices dont il est infecté. Il faut en faire juger la nullité.*
264. *Lorsqu'un acte de mariage est repoussé comme faux, il faut faire juger le faux.*
265. *L'inobservation des conditions et formalités n'entraîne pas toujours la nullité.*
266. *Il n'y a pas, à cet égard, de principes généraux et absolus.*
267. *Division du chapitre.*

263. Lorsqu'un mariage, dont on produit la preuve, est attaqué comme ayant été contracté au mépris des dispositions de la loi, il faut en faire prononcer la nullité. Le mariage n'est pas nul de plein droit, quels que soient les vices dont il est infecté : il y a un titre public, authentique, dont il faut faire anéantir l'effet, et les parties auxquelles il s'applique n'en sauraient être constituées juges. Le vice dont elles ont à se plaindre fait seulement naître une question qui doit être soumise aux tri-

bunaux chargés d'appliquer le droit au fait allégué : eux seuls sont appréciateurs des caractères de ce fait ; eux seuls peuvent décider si, dans l'esprit de la loi, il produit une nullité du mariage, et si cette nullité n'est point couverte (1). Ainsi, en traçant les conditions requises pour le mariage, le législateur aurait sans doute laissé son ouvrage imparfait, s'il n'eût ensuite attaché, comme sanction, la peine de nullité à l'inobservation de ces conditions : mais aussi, en ne donnant pas dans tous les cas aux tribunaux seuls le pouvoir d'appliquer cette peine, il eût abandonné le mariage à la discrétion de ceux pour lesquels il ne serait plus devenu qu'un joug importun, et il eût ainsi souvent livré l'état des enfans, la tranquillité des familles, à l'avidité des collatéraux.

264. Ces principes s'appliquent même au cas où l'on prétendrait que l'acte produit est faux, supposant un consentement qui n'a jamais été donné, un mariage qui n'a jamais existé ; car foi est due au titre, jusqu'à ce qu'il soit déclaré faux.

Mais, dans ce cas, l'on ne procéderait point directement par voie de nullité : on devrait attaquer

---

(1) Il n'en était pas de même selon les lois romaines : le mariage était nul de plein droit dès qu'il avait été contracté au mépris d'une loi qui le prohibait ou qui le déclarait nul. Alors il n'existait ni mariage, ni époux, ni dot. Les enfans étaient bâtards ; ils n'étaient point soumis à la puissance paternelle ; § 12, Instit., *de Nuptiis*. Il en était de même de tout ce qui avait été fait au mépris d'une loi prohibitive. L. 5, Cod., *de Legibus*.

l'acte par inscription de faux principal, si l'auteur ou le complice du faux vivait encore, et si le crime n'était pas éteint par la prescription; dans le cas contraire, on agirait par l'inscription de faux incident (art. 45 et 1319, Code civil, et 239, Code de procédure). Le titre ainsi reconnu faux, la non-existence du mariage en serait la conséquence.

265. Au reste, l'inobservation des conditions et formalités n'entraîne point toujours la nullité du mariage; en second lieu, lors même que le mariage serait nul, toute personne n'est pas admise à proposer la nullité; et enfin, celles qui sont recevables à la faire valoir ne le sont pas dans tous les temps.

266. Nous n'établirons pas, à cet égard, des principes généraux et absolus, attendu que chaque espèce de nullité a ses règles particulières, dont l'application à d'autres cas serait fautive, ou du moins pourrait l'être en certains points, soit relativement aux personnes qui ont le droit de demander la nullité, soit par rapport aux manières dont elle peut se couvrir. Nous traiterons, au contraire, séparément chaque espèce de nullité.

Dans le projet de loi, on avait classé les nullités de mariage en raison des causes sur lesquelles elles sont fondées; mais au Conseil d'État on pensa qu'il valait mieux les classer suivant l'ordre des personnes qui ont le droit de les faire valoir; ce qui revient au même, parce que les causes de nullité du mariage ne peuvent pas plus, même dans

la théorie, être séparées des personnes qui ont à les faire valoir, que les personnes ne peuvent être séparées des causes de nullité.

267. Nous diviserons cette matière en trois sections :

La première traitera des nullités appelées relatives, parce qu'elles ne peuvent être invoquées que par certaines personnes indiquées par la loi;

La seconde, des nullités absolues, comme étant d'ordre public, et pouvant, à ce titre, être invoquées par les deux époux indistinctement, par les ascendans, par les collatéraux, et enfin par le ministère public.

Dans la troisième, nous parlerons des effets du mariage annulé, ou mariage *putatif.*

Nous éviterons autant que possible les répétitions, mais sans cependant laisser de lacune dans l'explication du sujet.

SECTION PREMIÈRE.

Des nullités relatives.

SOMMAIRE.

268. *Des diverses espèces de nullités relatives.*

269. *Le mariage contracté sans le consentement libre des époux, ou de l'un d'eux, ou par suite d'erreur dans la personne, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux qui a été contraint ou induit en erreur.*

270. *Si l'époux mourait dans le délai utile pour demander la nullité, et sans avoir approuvé le mariage, ses héritiers auraient-ils l'action?*

271. *Si l'époux mourait pendant l'instance, ses héritiers pourraient continuer l'action.*

272. *Si les père et mère, dont le consentement était requis, n'ont eux-mêmes consenti au mariage que par contrainte ou par erreur, ils peuvent, de leur chef, demander la nullité pour cette cause.*

273. *Délai dans lequel ils devraient agir.*

274. *L'époux violenté ou induit en erreur n'est plus recevable dans sa demande en nullité après six mois de cohabitation continue depuis la cessation de la violence ou de l'erreur.*

275. *Pourquoi n'a-t-on pas vu une ratification tacite dans une cohabitation moindre de six mois depuis la cessation de la violence ou de l'erreur?*

276. *L'arrêt qui déclarerait l'époux non-recevable pour avoir intenté son action après les six mois depuis le mariage, devrait constater en fait que la violence ou l'erreur avait cessé depuis plus de six mois; sinon il serait susceptible de censure.*

277. *C'est au demandeur à prouver, lorsque l'action est intentée après les six mois depuis le mariage, que la violence ou l'erreur s'est continuée.*

278. *Ne résulterait-il pas une approbation tacite du silence gardé pendant dix ans depuis la cessation de la violence ou de l'erreur, quoiqu'il n'y eût pas eu de cohabitation?*

279. *Si la femme devient enceinte dans les six mois de la cessation de la violence ou de l'erreur, résulte-t-il de ce fait une approbation tacite?*

280. *La naissance d'un enfant dans ce délai ne saurait constituer une approbation du mariage.*

281. *Cet enfant n'est pas moins légitime de plein droit, sauf le désaveu.*

282. *Une approbation expresse purge également le vice de violence ou d'erreur.*

283. *Il n'est pas nécessaire pour cela que l'acte renferme les conditions prescrites par l'article* 1338.

284. *Si l'époux contraint ou violenté ratifie en minorité, sa ratification purge-t-elle le vice?*

285. *Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendans ou du conseil de famille, dans les cas où il était nécessaire, ne peut être attaqué que par*

ceux dont le consentement était requis, ou par celui des époux qui en avait besoin.

286. *Mais l'action en nullité n'est ouverte que dans l'ordre réglé par les articles* 148, 149, 150, 158 *et* 160.

287. *Si le père meurt dans le délai utile sans avoir approuvé le mariage, la mère peut demander la nullité.*

288. *Si, à l'époque du mariage, le père était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, mais qu'il en ait recouvré la puissance dans le délai utile, c'est à lui, et non à la mère, qu'appartient l'action en nullité.*

289. *L'action des père et mère s'éteint par leur mort.*

290. *Il en serait ainsi lors même que l'action aurait déjà été commencée.*

291. *Lorsque le consentement des aïeuls était requis, et qu'il y en a dans les deux lignes, chacune d'elles peut attaquer le mariage; mais l'approbation de l'autre, même donnée en appel, met fin à l'action.*

292. *Dans le cas où le consentement du conseil de famille était requis, l'action en nullité ne peut être exercée qu'en vertu d'une délibération du conseil.*

293. *La mort de l'époux arrivée avant que la délibération fût prise empêcherait la demande d'être formée.*

294. *Le mariage d'un enfant naturel non reconnu, contracté sans le consentement d'un tuteur* ad hoc, *ne peut être attaqué que par cet époux.*

295. *Motifs de la loi en donnant l'action en nullité à l'époux qui a contracté mariage sans le consentement de ses parens.*

296. *L'époux qui aurait employé des moyens frauduleux pour tromper son conjoint sur son âge, serait non-recevable dans sa demande en nullité.*

297. *L'action des parens est éteinte lorsqu'ils ont approuvé le mariage.*

298. *Elle ne l'est pas par la mort de l'époux arrivée dans le délai utile;*

299. *Ni par sa ratification.*

300. *Mais l'action de l'époux est éteinte par l'approbation des parens.*

301. *De l'approbation expresse ou tacite des ascendans.*

302. *Il y a aussi approbation tacite de leur part lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage ; mais il faut que l'arrêt constate positivement ce fait, sinon il serait susceptible de censure.*

303. *De l'approbation du conseil de famille.*

304. *L'approbation des ascendans donnée même pendant l'instance introduite par l'époux, devrait en arrêter le cours.*

305. *La connaissance du mariage qu'auraient eue depuis un an les ascendans, rendrait l'époux non-recevable dans sa demande en nullité.*

306. *Mais l'expiration de ce délai d'un an durant l'action intentée par l'enfant ne mettrait pas fin à son cours.*

307. *L'âge compétent dont parle l'article* 183 *est vingt-cinq ans pour le fils de famille qui avait des ascendans dont il n'a point demandé le consentement : controversé.*

308. *L'époux ne peut valablement, en temps de minorité, ratifier, même en ce qui le concerne, le mariage qu'il a contracté sans le consentement de ses ascendans.*

309. *Cela s'applique, en principe, au fils de famille mineur de vingt-cinq ans, quoique majeur de vingt-un ans : controversé.*

310. *Probablement les tribunaux le déclareraient non-recevable dans sa demande en nullité.*

311. *Il devrait l'être si, à l'époque où il a ratifié, il eût pu, à cause de la mort de son ascendant, contracter mariage par l'effet de sa volonté.*

312. *Dans le cas du mariage contracté sans le consentement des parens, une cohabitation quelconque depuis que l'époux a atteint l'âge compétent le rend-elle non-recevable à demander la nullité?*

268. Les nullités relatives sont, comme nous l'avons dit, celles qui ne peuvent être invoquées que par certaines personnes spécialement déterminées par la loi.

Elles sont fondées sur le défaut de consentement,

soit parce que l'époux était en état de démence au moment du mariage, soit parce qu'il a été contraint par l'effet de la violence, ou induit en erreur sur la personne de son conjoint.

Le défaut de consentement des ascendans ou de la famille, dans les cas où il était requis, produit également une nullité relative.

§ Ier.

De la nullité pour défaut de consentement de la part des époux ou de l'un d'eux.

269. Nous avons développé précédemment les caractères que doivent avoir, aux yeux de la loi, les vices qui infectent le consentement, pour qu'ils puissent servir de base à l'action en nullité du mariage; nous ne reviendrons pas sur ce point (1): nous partirons, au contraire, de la supposition que l'action en nullité est réellement ouverte.

Suivant l'article 180, « Le mariage qui a été con« tracté sans le consentement libre des deux époux, « ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les « époux, ou par celui des deux dont le consente« ment n'a pas été libre.

« Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le

(1) Voir, au n° 27 et suivans, par qui peut être demandée la nullité du mariage contracté par un individu privé de sa raison; combien de temps dure l'action, comment se couvre la nullité; et le n° 36 et suivans, quant au mariage contracté par un individu interdit pour crime.

« mariage ne peut être attaqué que par celui des « deux époux qui a été induit en erreur. »

Ces deux moyens de nullité procèdent d'une même cause, le défaut de consentement : aussi la loi les met-elle sur la même ligne, quant aux personnes qui peuvent les faire valoir, au délai pendant lequel on peut les proposer, et à la manière de les effacer par la ratification ; en sorte que l'on peut dire que c'est la même action en nullité dans les deux cas, quoique les faits qui la produisent soient de nature différente sous certains rapports.

270. Les époux, ou l'époux contraint, ou l'époux induit en erreur, ont donc seuls le droit de demander la nullité du mariage. Mais a-t-on simplement voulu dire par là, et par application des principes ordinaires en matière de violence ou d'erreur, que le conjoint dont le consentement a été pur et libre ne pourrait se prévaloir de la violence ou de l'erreur, et que tant que l'époux qui en a été victime est vivant et ne se plaint pas, ses parens ne peuvent se plaindre ? Ou bien le sens de la loi serait-il que, lors même que cet époux mourrait dans le délai de six mois, fixé par l'article 181, avant d'avoir approuvé le mariage, ses ascendans ni ses collatéraux ne pourraient, même en leur qualité d'héritiers, en demander la nullité, comme ils le pourraient incontestablement s'il s'agissait de tout autre contrat ?

On tient généralement pour cette dernière in-

terprétation : on dit que l'époux seul peut savoir s'il a été induit en erreur ou violenté. Mais cette raison n'est pas d'un très grand poids, puisqu'elle s'appliquerait aussi bien aux autres contrats qu'au mariage, et qu'elle n'a cependant point empêché le législateur de donner l'action en nullité aux héritiers, à la charge par eux, comme ils y seraient obligés en matière de mariage, de prouver que le consentement a été l'effet de la violence ou de l'erreur. On ajoute que l'époux n'aurait peut-être pas demandé la nullité, que son silence est une présomption en faveur de cette supposition. Cette raison n'est pas plus concluante que la première; car, dans un autre contrat aussi, et attaqué pour la même cause par les héritiers, on ne peut pas dire non plus si le défunt aurait ou non demandé la nullité; et néanmoins, lors même qu'il se serait écoulé dix ans moins un jour depuis la cessation de la violence ou de l'erreur, nul doute qu'ils ne pussent agir, quoique ce laps de temps dût bien mieux faire présumer une approbation tacite, que le silence gardé par l'époux qui est venu à mourir dans les six mois. En effet, quelle présomption pourrait-on asseoir sur ce silence, si l'époux était mort, par exemple, quelques jours après avoir acquis sa liberté ou découvert l'erreur, sans avoir cohabité avec le conjoint, et surtout si la violence ou l'erreur n'avait point encore cessé; cas dans lequel on ne dénie pas moins l'action aux héritiers, toujours par la raison que l'époux aurait peut-être

ratifié, et que, dans le doute, la faveur du mariage doit l'emporter?

Le projet de loi portait, il est vrai, que la nullité pourrait être proposée par les père, mère, aïeul et aïeule; et au Conseil d'État, M. Malleville demanda même pourquoi la famille n'exercerait pas le droit des ascendans, lorsqu'ils sont morts. M. Cambacérès dit qu'il suffisait de n'ouvrir la réclamation qu'aux père et mère, afin d'exclure les collatéraux, et l'article 180 ne fait mention ni des uns ni des autres. Mais que faut-il conclure de cètte suppression?

D'abord, dans la supposition que l'époux était mineur pour le mariage, et qu'il ne l'a point contracté avec le consentement de ses ascendans ou de la famille, il était bien inutile de leur donner l'action en nullité pour violence et erreur, puisqu'ils l'ont pour défaut de consentement. L'enfant lui-même l'aurait aussi pour cette cause, dans les limites posées par l'article 183. Et si l'on suppose qu'il était majeur, on a dû aussi naturellement refuser l'action en nullité aux parens quelconques pendant sa vie. On devait également la leur refuser après sa mort, s'il avait laissé passer le délai utile pour l'intenter. Mais quand il est mort dans ce délai sans avoir ratifié, surtout quand il est mort avant la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, on ne voit pas pourquoi les ascendans, non pas comme ascendans, mais comme héritiers, ne pourraient exercer une action qu'il pouvait exercer lui-même. La loi leur en donne une bien plus dé-

licate encore, elle la donne même aux collatéraux, celle en désaveu d'enfant (art. 317), qui repose sur des faits dont l'époux, dans certains cas, *peut seul avoir connaissance, action que peut-être il n'aurait point intentée.* Quoi qu'il en soit, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, ceux-là seuls auxquels la loi a expressément donné le droit d'attaquer le mariage peuvent en demander la nullité (1); et comme l'article 180 ne l'accorde formellement qu'à l'époux induit en erreur ou violenté, qu'il dit même que lui seul a le droit de se plaindre, il faut tenir en effet que lui seul a l'action pour les causes dont il s'agit.

271. Néanmoins, s'il mourait pendant l'instance, ses héritiers quelconques pourraient continuer son action, en vertu de la règle *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, in judicio semel inclusæ, salvæ manent* (L. 139, ff. *de Reg. juris.*), règle consacrée dans notre Droit par les articles 330 et 957. Ce ne serait point là intenter l'action, ce serait simplement suivre une action déjà intentée.

272. Au reste, comme nous l'avons dit, les père et mère ou autres ascendans qui n'ont point consenti au mariage de l'enfant violenté ou induit en erreur, peuvent, si leur consentement était nécessaire, demander la nullité pour cette cause.

S'ils y ont consenti, mais aussi par contrainte ou

---

(1) *Voyez*, au n° 34, l'arrêt qui consacre ce principe.

par erreur tombant sur la personne, ils peuvent demander la nullité, de leur chef, car leur consentement est nul, ou du moins il est susceptible d'être annulé; ce qui ramène à leur égard la question à celle du défaut de consentement; en sorte que les articles 1109, 1111 et 182, régissent la cause.

273. Toutefois, les ascendans n'auraient pour agir que le délai fixé par l'article 183, à partir de la cessation de la violence exercée contre eux, ou de la découverte de l'erreur; et le vice se purgerait aussi par leur approbation expresse ou tacite.

Enfin, s'ils avaient consenti au mariage sans avoir été contraints ou induits en erreur, ils seraient non-recevables à en demander la nullité, et d'après l'article 180, et d'après l'article 186, par argument.

274. La demande en nullité pour cause de violence ou d'erreur n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté, ou que l'erreur a été par lui reconnue (art. 181). Ainsi l'on n'applique point au mariage la règle *quod ab initio vitiosum est, nullo tractu temporis convalescere potest.* On ne l'applique pas davantage aux autres contrats, puisque les vices dont ils sont infectés se purgent aussi *tractu temporis.* (Art. 1304.)

275. Il fallait sans doute donner à l'époux un délai quelconque pour intenter l'action en nullité, et ce délai ne pouvait commencer à courir que du jour

où il aurait acquis sa pleine liberté ou découvert l'erreur ; jusque-là le vice du consentement ne pouvait s'effacer, d'après cet adage, *contrà non valentem agere, non currit præscriptio.* On pouvait fixer ce délai à tant de mois, tant d'années. Mais comment n'a-t-on pas vu une approbation tacite, une exécution volontaire du contrat, dans le fait d'une cohabitation continuée bien librement, comme on le suppose, pendant un, deux ou trois mois ? Serait-ce parce que cette cohabitation a paru n'être qu'une conséquence pour ainsi dire nécessaire du mariage, tant qu'elle ne s'est pas prolongée pendant un temps assez long pour faire disparaître ses caractères incertains ? Il faut bien le croire ; car on voit d'abord que le laps de temps, détaché du fait de cohabitation, ne s'est pas présenté à la pensée du législateur ; on voit même qu'on ne s'est point occupé de l'approbation expresse, dont nous allons parler tout à l'heure : l'attention de la loi s'est portée tout entière sur la cohabitation, comme étant la ratification tacite la plus naturelle et la plus ordinaire ; et parce que ce mode d'approbation a paru équivoque, on a exigé non-seulement que la cohabitation fût continue, mais encore qu'elle fût continuée pendant six mois depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur. Ce n'est donc qu'après ce délai que l'action n'est plus recevable.

276. Et l'arrêt qui, sans rejeter la demande

comme fondée sur des faits non pertinens et admissibles, déclarerait le demandeur non-recevable pour n'avoir intenté son action qu'après six mois depuis le mariage, sans reconnaître en fait qu'il y a eu la cohabitation dont parle l'article 181, ou qui rejetterait simplement la demande en déclarant d'une manière vague qu'elle n'a point été exercée dans le délai utile, cet arrêt, disons-nous, contiendrait une infraction à la loi, et serait susceptible d'être annulé par la Cour suprême, s'il lui était déféré. *Voyez*, à cet égard, l'arrêt de cassation du 4 novembre 1822. (Sirey, 1823, 1, 219.)

Dans l'espèce, la demanderesse avait contracté mariage à l'âge de treize ans et onze mois, et par suite de violence exercée envers elle par ses parens : cet acte, à ce qu'il paraît, ne fut suivi ni de célébration à l'église, ni de cohabitation. Le tribunal de première instance et la Cour royale de Pau rejetèrent la demande tendant à l'admission de la preuve des faits de violence, sur l'étrange motif que l'action n'avait pas été intentée dans les six mois à partir du jour où la demanderesse avait atteint sa quinzième année. La Cour avait ainsi confondu la nullité résultant du défaut d'âge compétent, dont le principe est dans l'article 144, et la fin de non-recevoir dans l'article 185, avec la nullité pour cause de violence, laquelle ne se couvre que par une cohabitation continue pendant six mois depuis la cessation de la violence. Et comme elle n'avait pas reconnu en fait qu'il y avait eu

cette cohabitation, sa décision a été cassée par ce motif : « Attendu que le deuxième moyen ne pou- « vait être rejeté, qu'autant qu'il aurait été reconnu « en fait par la Cour royale qu'il y avait eu coha- « bitation, ainsi que cela résulte de l'article 181, ou « que les faits de violence allégués n'étaient pas « pertinens et admissibles ; que l'arrêt ne s'est pas « expliqué sur ce point, et n'a écarté le moyen « qu'en y appliquant l'article 185, etc. : casse. »

277. Ce sera au demandeur à prouver que la violence ou l'erreur s'est prolongée jusqu'à telle époque, pour établir que l'action, quoique intentée après les six mois depuis le mariage, l'a cependant été en temps utile, s'il a cohabité au moins pendant six mois continus avec le conjoint; car, quoiqu'il ait prouvé l'existence de la violence ou de l'erreur au moment de la célébration, il n'y a néanmoins pas présomption qu'elle s'est continuée : demandeur, il doit donc faire la preuve. Nous n'affranchissons pas de cette manière le défendeur de l'obligation de prouver son exception, puisque la nullité n'est point couverte par la seule cessation de la violence ou de l'erreur; que ce n'est réellement que la cohabitation continuée pendant six mois qui produit la fin de non-recevoir, et dès lors, que le défendeur, à son tour, devra prouver cette cohabitation, s'il prétend qu'elle a existé, suivant les règles de Droit, *reus excipiendo fit actor*, et *onus probandi incumbit ei qui dicit.*

278. Mais, de ce que le fait de cohabitation a paru équivoque, et que pour cela on a voulu, pour qu'il couvrît la nullité, qu'il fût continué pendant six mois, faut-il en conclure que la loi n'a entendu reconnaître d'approbation tacite que dans ce seul fait; de telle sorte que le silence gardé par l'époux pendant dix ans et plus, depuis la cessation de la violence ou de l'erreur, et qui suffit pour purger ces vices dans les contrats en général (art. 1304), ne les purgerait cependant pas en matière de mariage?

Le silence de la loi sur ce point donne lieu de penser que ce principe général de l'article 1304 serait applicable ici, d'autant mieux que, dans l'esprit du Code, les fins de non-recevoir sont favorables en cette matière; et c'est même pour cette raison que le vice du consentement pour minorité se purge par une année écoulée en temps de capacité (art. 183), tandis que dans les autres contrats, il faut dix ans. On ne peut donc, sans prêter des vues contradictoires au législateur, récuser l'application des principes généraux au cas dont il s'agit. L'article 181 est d'ailleurs évidemment rédigé dans un sens explicatif, et nullement dans un sens restrictif; autrement il faudrait aller jusqu'à l'absurde, et dire que même la ratification la plus formelle, la plus authentique, donnée en temps de pleine liberté, ne purge pas le vice de nullité, car l'article n'en parle pas. Enfin, que l'on suppose que le conjoint de l'époux contraint ou induit en erreur meure

dans les six mois; alors la ratification par la cohabitation continue pendant ce temps n'est plus possible, et néanmoins il est évident que l'action en nullité pour cette cause ne peut être perpétuelle: autant vaudrait-il dire, contre tous les principes, que le mariage était nul de plein droit. On reste donc dans les termes du Droit commun pour les autres espèces de ratification non prévues par la loi qui régit le mariage, puisque, à raison même de la faveur dont il est environné, les fins de non-recevoir y sont plus facilement admises que dans les autres contrats : or, d'après le Droit commun, le vice de violence ou d'erreur se purge par le laps de dix ans, à partir du jour de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur.

279. Si la femme devenait enceinte dans les six mois de la cessation de la violence ou de l'erreur, ce fait serait-il considéré comme une approbation du mariage? On avait proposé au Conseil d'État de l'admettre comme fin de non-recevoir; mais la proposition fut rejetée (1), par la raison qu'il ne fallait pas, dans le cas où ce serait le mari qui aurait été violenté ou induit en erreur, donner à la femme le trop facile moyen de paralyser l'action par l'adultère. Cette raison ne s'applique pas, il est vrai, au cas où ce serait la femme qui serait demanderesse; mais on a probablement pensé que la crainte des mauvais traitemens l'obligerait à cohabiter

(1) *Voyez* M. Locré, tome III, p. 317, édit. in-8°.

avec son mari. Cependant on doit croire que si à ce fait venaient se joindre d'autres faits caractéristiques d'une approbation volontaire, les tribunaux pourraient y puiser une fin de non-recevoir.

280. Si un enfant était né dans les six mois de la cessation de la violence ou de l'erreur, il est clair que le fait de sa conception ne saurait fournir aucune preuve de la ratification du mariage, puisqu'il remonterait à une époque antérieure à celle où cette approbation pouvait être efficace.

281. Mais de ce que la naissance d'un enfant arrivée dans les six mois de la cessation de la violence ou de l'erreur n'opère pas une fin de non-recevoir contre l'action en nullité, il ne faut pas conclure que cet enfant est illégitime; au contraire, il est légitime de plein droit, lors même qu'il serait né dans les cent quatre-vingts jours du mariage, sauf le désaveu dans le cas où la loi l'autorise. (Art. 314.)

282. Jusqu'à présent nous n'avons parlé que de l'approbation résultant d'une cohabitation continue pendant six mois depuis la cessation de la violence ou de l'erreur, et du laps de dix années depuis cette époque; mais, à plus forte raison, une approbation expresse de l'époux contraint ou induit en erreur, donnée en temps de pleine liberté, purgerait-elle le vice dont son consentement était infecté; de même que, d'après l'article 183, celle

des parens efface le défaut absolu de consentement de leur part.

283. Et il ne serait pas nécessaire pour cela que l'acte portant approbation renfermât les conditions prescrites par l'article 1338, c'est-à-dire la substance de la convention (de mariage), la mention du motif de l'action en nullité, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action était fondée. Le mariage est une matière spéciale qui admet plus facilement tout ce qui peut réhabiliter le consentement, ce qui peut en couvrir les vices, lorsque d'ailleurs l'ordre public n'est point intéressé à son annulation. En conséquence, tout acte portant une approbation évidente et consentie à une époque où l'époux avait recouvré sa pleine liberté ou découvert l'erreur, même une simple lettre, produirait une fin de non-recevoir contre l'action en nullité (1).

284. Il en serait ainsi, encore que l'époux au mariage duquel les parens ont consenti, fût mineur de vingt et un ans à l'époque de la ratification par lui donnée. Pourquoi ne serait-il pas, en effet, aussi bien capable de consentir maintenant qu'à l'époque où il a contracté le mariage dont il veut purger le vice, lorsque, ainsi qu'on le suppose, il ne manquait à ce mariage qu'un consentement plus libre

(1) Il y aurait également approbation, si le mari, qui avait l'action en nullité, avait autorisé sa femme à contracter ou à ester en jugement.

de sa part? Dira-t-on qu'il renonce ainsi à une action en nullité, et qu'il ne peut le faire en minorité? Mais il y renoncerait bien valablement par une cohabitation continue pendant six mois; car l'article 181 ne distingue pas : donc il peut y renoncer expressément.

§ II.

De la nullité pour défaut de consentement des parens.

285. La seconde nullité relative est celle qui résulte du défaut de consentement des personnes sous la puissance desquelles étaient les époux, ou l'un d'eux, relativement au mariage. A cet égard, voici ce que porte l'article 182 :

« Le mariage contracté sans le consentement des « père et mère, des ascendans, ou du conseil de « famille, dans les cas où ce consentement était « nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux « dont le consentement était requis, ou par celui « des deux époux qui avait besoin de ce consen- « tement. »

Nous parlerons du droit de l'époux après avoir traité de celui des parens en général.

286. Ainsi le mariage peut être attaqué par ceux dont le consentement était requis, mais en suivant l'ordre établi par les articles 148, 149, 150, 158 et 160.

De là, si les père et mère, qui étaient tous deux en état de manifester leur volonté, n'ont point

consenti au mariage de leur fille âgée de moins de vingt et un ans, ou de leur fils âgé de moins de vingt-cinq ans, la mère ne peut agir seule; le père gardant le silence est censé approuver le mariage, et sa volonté fait loi en cas de dissentiment. D'ailleurs, pour agir, la mère aurait besoin d'être autorisée de son mari ou de justice, et la justice n'accorderait point l'autorisation sans avoir entendu le mari.

287. Mais si le père meurt dans le délai utile sans avoir approuvé le mariage, la mère peut demander la nullité, attendu que son consentement était nécessaire aussi (art. 148), et que ce n'eût été qu'en cas de dissentiment, que celui du père aurait suffi : or, il n'y a pas eu dissentiment, puisque ni l'un ni l'autre, on le suppose, n'ont consenti.

288. Si, à l'époque du mariage, le père était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, par exemple, pour interdiction ou absence déclarée, la mère qui n'a point donné un consentement a bien l'action en nullité : elle l'a même tant que dure l'impuissance du père, et dans les limites de l'article 183; mais lorsque le père a recouvré la faculté de manifester sa volonté, c'est lui qui doit agir : s'il ne le fait pas, il est censé approuver le mariage, et s'applique alors ce qui vient d'être dit. Cette décision n'est pas conforme à la lettre de l'article 182, car, dans l'espèce, c'était le consentement de la mère qui était requis, et par consé-

quent ce serait à elle que compéterait l'action en nullité ; mais elle est conforme à l'esprit général de la loi sur le mariage.

289. Dans les diverses hypothèses que nous venons d'établir, l'action qu'avaient les père et mère, ou l'un d'eux, s'éteint par leur mort, quoique arrivée dans les délais utiles : elle ne passe point aux ascendans d'un degré supérieur, et bien moins encore aux collatéraux. Cet article 182 ne laisse aucun doute à cet égard.

290. Si l'ascendant mourait après avoir intenté l'action, qu'il y eût des ascendans d'un degré supérieur, ou que l'époux ne fût pas seul héritier, ou qu'il eût renoncé à la succession de l'ascendant, appliquerait-on à ce cas le principe *omnes actiones quæ morte* (1) *aut tempore pereunt, in judicio semel inclusæ, salvæ manent?* D'après cela, les autres ascendans ou les frères et sœurs continueraient-ils l'action? On voit, dans l'article 330, que les héritiers de l'enfant, qui n'ont pas l'action lorsqu'il est mort après avoir accompli sa vingt-sixième année, peuvent cependant, quoiqu'il meure après cet âge, continuer celle qu'il avait commencée; et nous avons même appliqué ce principe au cas où l'époux

(1) On entend par là les actions purement personnelles, telles que celles d'injures, *actio injuriarum*, et quelques autres qui s'éteignent, du moins dans le Droit romain, et parfois aussi dans le Droit français, par la mort de celui à qui elles compétaient, lorsqu'il ne les a pas introduites en justice.

contraint par violence ou induit en erreur est venu à mourir après avoir intenté son action, et durant l'instance; mais c'est parce que, dans ce cas, les héritiers ont le même intérêt que l'époux; au lieu que dans l'espèce en question, l'époux a un intérêt contraire au leur; il a intérêt à maintenir son mariage : la loi le suppose, puisqu'elle lui donne l'action en nullité, et qu'il n'en fait pas usage. Ajoutez que le principe de l'action, la violation du respect que l'époux devait à son ascendant, s'est évanoui par la mort de celui-ci. Enfin l'article 187, en ne permettant aux héritiers collatéraux de demander la nullité du mariage que dans les cas où cette nullité est d'ordre public, et en leur défendant de le faire du vivant des deux époux, et avant d'avoir un intérêt né et actuel, nous semble conçu dans un esprit qui repousserait la prétention des collatéraux, de vouloir suivre l'action pour faire annuler le mariage. Cet article n'est sans doute pas applicable aux ascendans; mais, en supposant même que l'époux eût renoncé à la succession de celui du consentement duquel il avait besoin, ceux du degré supérieur ne sauraient continuer une action dont le résultat serait de faire annuler, contrairement aux intérêts de cet époux, un mariage pour lequel leur consentement n'était point exigé. A plus forte raison, si l'époux était héritier, ces ascendans seraient-ils écartés, puisqu'ils ne pourraient pas même invoquer en leur faveur la règle précitée.

291. Si les père et mère étaient tous deux décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté lors du mariage, et qu'il y eût des aïeuls ou aïeules dans les deux lignes, chacune des lignes pourrait l'attaquer pour défaut de consentement. Toutefois le tribunal devrait ordonner la mise en cause de l'autre ligne, afin de connaître sa volonté; car si elle donne son approbation, elle empêche par là l'autre de pouvoir agir, puisque le partage entre les lignes vaut consentement, et que la ratification équivaut au consentement donné dès le principe. (Art. 183.) (1)

Si l'autre ligne n'a point été appelée, elle pourra intervenir de son propre mouvement, et, de cette manière, elle arrêtera l'action déjà commencée et non décidée par un jugement passé en force de chose jugée. Bien mieux, elle pourrait intervenir (2) sur l'appel interjeté par la ligne qui aurait succombé en première instance, ou par l'époux, et son consentement arrêterait encore le cours de l'action. En vain dirait-on que le jugement a un effet rétroactif au jour de la demande (3), car précisément celui

(1) C'est ce que nous expliquerons tout à l'heure avec plus d'étendue.

(2) L'article 466 du Code de procédure dit bien, il est vrai, qu'aucune intervention ne sera reçue en appel, si ce n'est de la part de ceux qui auraient le droit de former tierce-opposition; et ici les ascendans n'auraient aucune tierce-opposition à former contre le jugement qui, sur la demande de l'autre ligne, annulerait le mariage: mais comme le principe de la tierce-opposition est l'intérêt des tiers, et qu'ici l'intérêt ou le droit des ascendans est incontestable, nul doute que leur intervention ne fût reçue.

(3) L. 20, ff. *de Rei vind.*

de la ratification serait d'empêcher que ce jugement ne fût prononcé, ou qu'il ne fût confirmé sur l'appel, et il rétroagirait bien davantage encore, puisqu'il se reporterait au jour du mariage.

292. Dans le cas où c'était le consentement du conseil de famille qui était requis, l'action en nullité ne peut être intentée par ceux qui auraient pu, en vertu de l'article 174, former individuellement opposition : la loi exigeait le consentement, non pas de tel ou tel parent, mais du conseil de famille; et comme elle n'accorde l'action qu'à ceux dont le consentement était requis, elle l'attribue par cela même à ce conseil, qui chargera, par une délibération formelle, le tuteur du soin de l'exercer, parce qu'il ne peut l'exercer lui-même. Il pourrait aussi déléguer son pouvoir, à ce sujet, à un de ses membres, dans les lumières duquel il aurait une confiance plus grande que dans celles du tuteur; car il ne s'agit pas dans ce cas d'un acte dont le principe est puisé dans le droit du mineur; ce qui rendrait le tuteur seul habile à le faire, d'après l'article 450 : il s'agit d'un droit que la loi a conféré au conseil de famille, qui peut par conséquent en déléguer l'exercice à une autre personne que le tuteur.

Il faut, au surplus, bien remarquer, au sujet de cette action, quelle est l'économie de la loi; ainsi, quoique dans l'espèce le conseil de famille soit composé de collatéraux, il pourra, par le ministère

du tuteur ou de l'un de ses membres, demander la nullité du mariage, même du vivant de l'époux. Ce n'est point le cas d'appliquer l'article 187, attendu que ce ne sont pas des *collatéraux*, mais bien l'être moral, appelé conseil de famille, qui demande la nullité en vertu de l'article 182. Au contraire, quand les collatéraux agissent comme héritiers, ils ne peuvent faire valoir que les nullités d'ordre public (art. 184), et seulement après la mort de l'époux, c'est-à-dire lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel. (Art. 187.)

293. Il faut observer aussi que si l'époux venait à décéder avant que le conseil de famille eût pris sa délibération, la demande en nullité ne pourrait plus être formée en son nom; car un individu décédé n'a plus ni conseil de famille ni tuteur; le décès de l'époux mineur couvrirait donc la nullité dans ce cas.

294. Si c'est un enfant naturel non reconnu qui s'est marié sans le consentement du tuteur *ad hoc*, exigé par l'article 161, personne autre que cet enfant ne pourra attaquer le mariage, attendu que nul ne peut dire qu'il avait le droit d'y donner son consentement. Et d'après ce que nous avons dit précédemment, si l'enfant naturel avait été reconnu, mais que ses père et mère, ou celui d'entre eux qui l'a reconnu, fussent venus à décéder, quoique dans les délais utiles, sans avoir fait prononcer la nullité, l'enfant seul pourrait la demander.

295. Cela nous amène à parler du droit qu'a l'époux lui-même de demander la nullité du mariage qu'il a contracté sans le consentement des personnes sous la puissance desquelles il était placé relativement au mariage. L'article 182 lui donne formellement ce droit. La loi ne s'est pas déterminée par la considération que l'enfant qui a commis un tel oubli de ses devoirs est un peu digne d'intérêt, et qu'il ne devrait pas se faire de sa propre faute le principe d'une action (1), d'après la règle *nemo ex delicto suo actionem consequi debet;* elle a porté plus loin ses regards : elle a pensé que les mineurs sont plus faibles, plus accessibles aux séductions, et elle a voulu les protéger le plus possible contre l'effet de ce danger. Par là, le nombre de ces mariages contractés sans l'aveu des parens sera nécessairement diminué, parce que généralement on veut contracter avec sûreté, surtout quand il s'agit de l'acte le plus important de la vie. Il était d'ailleurs conséquent, puisqu'on déclarait l'enfant inhabile à pouvoir contracter mariage par l'effet de sa seule volonté, de lui donner l'action en nullité, comme on la lui donne dans les autres actes de la vie civile qui excèdent les bornes de sa capacité. Ses plaintes doivent même être écoutées avec plus de faveur lorsque, suivant l'expression de M. d'Aguessau, il demande à être restitué contre l'aliénation qu'il a faite de tous ses biens et de sa

---

(1) C'était même, dans l'ancien Droit, l'opinion générale.

personne: D'après cela, si ses parens n'agissent point, s'ils témoignent, pour ce qui l'intéresse à un si haut degré, une froide indifférence, il peut agir lui-même : voilà le principe.

296. Mais s'il s'était servi, pour tromper son conjoint et l'officier de l'état civil, d'un acte de naissance qui ne lui appartenait point, par exemple, de celui de l'un de ses frères ou de l'un de ses cousins paternels, qui portait les mêmes prénoms, cette fraude devrait lui fermer toute voie à se faire restituer contre son engagement. On devrait lui appliquer la disposition de l'article 1307, qui, en disant que la *simple* déclaration de majorité n'est point un obstacle à la restitution, laisse clairement entendre qu'il en doit être autrement si, au lieu d'une simple déclaration de majorité, l'individu a employé des moyens frauduleux pour persuader qu'il était majeur : or, l'emploi d'un acte de naissance pseudonyme est un moyen frauduleux, d'une nature très répréhensible. Au reste, les parens dont l'autorité a été méprisée n'en auraient pas moins le droit de demander la nullité du mariage.

297. L'action en nullité pour défaut de consentement de la part des père, mère, ou autres ascendans, ou de la famille, ne peut plus être intentée ni par les époux ni par les parens dont le consentement était requis, « toutes les fois, dit l'article 183, « que le mariage a été approuvé expressément ou « tacitement par ceux dont le consentement était

« nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année « sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu « connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé « une année sans réclamation de sa part depuis qu'il « a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-« même au mariage. »

298. D'abord, on peut demander si l'action des ascendans s'éteindrait par la mort de l'époux arrivée dans le délai utile? L'article 182, combiné avec le suivant, ne permet pas de croire qu'il en doive être ainsi. L'autorité des parens a été méprisée, et le vice dont le mariage a été frappé dès le principe ne s'est point effacé par un événement tout-à-fait étranger à leur volonté, expresse ou tacite, volonté qui seule pouvait le faire disparaître.

299. Aussi la ratification de l'époux donnée, même à l'âge de vingt-cinq ans, mais quand les ascendans sont encore dans le délai utile, ne saurait éteindre l'action que la loi leur a conférée; sauf à cet époux, s'il persiste dans son choix, à contracter un nouveau mariage avec la même personne, en remplissant toutes les conditions requises, comme les actes respectueux, etc. En effet, si l'article 183 dit que, par la ratification des ascendans, l'époux n'a plus le droit d'agir, il ne dit pas, en sens inverse, que, par l'approbation de l'époux, et résultant de son silence pendant une année depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir

par lui-même au mariage, les ascendans sont désormais non-recevables : la loi a voulu, au contraire, qu'ils eussent, dans les limites qu'elle a posées, le droit de venger leur autorité méprisée ; par conséquent, elle n'a point entendu que celui-là même qui s'est rendu coupable de cette violation pût en éluder les effets.

300. Mais pourquoi, dira-t-on, l'approbation des ascendans ou de la famille ravit-elle à l'époux le bénéfice de la nullité ? On le suppose mineur, du moins quant au mariage : or, il est de principe qu'un tuteur ne pourrait arbitrairement priver le mineur du droit de demander la nullité d'un engagement quelconque par lui consenti. La raison de la disposition de la loi est puisée dans les principes du mariage. D'après ces principes, si l'époux était mineur, et par suite incapable, c'est parce qu'il n'avait pas, en contractant, le consentement de ses parens : mais ceux-ci le donnant maintenant, et la ratification donnée après coup équipollant au consentement, il en résulte que le mariage est validé, et qu'il est considéré comme parfait *ab initio* (1) : donc l'époux ne peut plus l'attaquer.

---

(1) Suivant les INSTITUTES de Justinien, il paraît que le consentement du père de famille devait nécessairement précéder ou au moins accompagner le mariage; de sorte que la ratification était de nul effet pour le passé : du moins c'est ainsi que Vinnius interprète ces mots du *pp.* du tit. DE NUPTIIS : « *Nam hoc fieri debere et civilis et* « *naturalis ratio suadet, in tantùm ut jussus parentis præcedere debeat* » ; car il dit : *Adeò consensus aut potiùs assensus parentis in nuptiis filiorum-familias necessarius est, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione*

301. Quant à l'approbation expresse de la part des ascendans, elle peut être donnée par tout acte quelconque, même par une lettre qui ne laisserait aucun doute sur leur volonté.

L'approbation tacite se démontre par des actions, des faits, des écrits qui supposent que l'ascendant a pardonné l'offense faite à son autorité, par exemple, en recevant dans sa maison son gendre ou sa bru, en les traitant comme ses enfans, en leur donnant ce nom, soit dans la famille, soit dans les sociétés ou dans les lettres qu'il leur écrit. Pothier (n° 446) rapporte une décision qui a jugé, avec raison, qu'il y avait ratification tacite de la part d'un grand-père dans le fait d'avoir été parrain d'un enfant né du mariage. Les tribunaux pourraient aussi voir une approbation tacite dans d'autres faits que ceux que nous venons d'énoncer; nous ne les avons donnés que comme exemples.

302. Il y a aussi approbation tacite lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était nécessaire, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Leur silence est, aux yeux de la loi, un témoignage de leur as-

---

patris retro legitimæ fiant, nimirùm cùm ratihabitio in iis tantùm locum habet, quæ non statìm ipso jure nullæ sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent. Au reste, selon lui, le mariage devient valable par la ratification du père; mais sans effet rétroactif. Huberus, *Prælect. ad* Inst., *hoc tit.*, § 10, combat le sentiment de Vinnius sur ce dernier point, et Heineccius, *Elementa juris*, n° 150, le rejette pareillement.

sentiment à ce qui s'est fait d'abord sans leur aveu. Mais quoique la faveur du mariage doive rendre sévère sur l'admisssion des demandes en nullité, et, par suite, facile sur celle des fins de non-recevoir, il faut néanmoins, pour que les ascendans et le conseil de famille puissent être déchus de l'action en nullité pour défaut de consentement, qu'il soit constant, en fait, qu'ils avaient connaissance du mariage depuis un an à l'époque où ils élèvent leur réclamation en justice. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, dans l'affaire *Sommaripa*, dont nous avons déjà parlé (1). A l'époque où le père attaquait le mariage (2), il s'était déjà écoulé vingt-trois ans depuis la célébration; et, par arrêt du 8 janvier 1816, la Cour de Paris, en confirmant la décision des premiers juges, avait rejeté la demande en nullité, sur le fondement « Qu'on ne peut « supposer que Sommaripa ait ignoré pendant vingt-« trois ans le mariage de sa fille, contracté publi-« quement, et qui n'a pas été secret; que ce mariage, « quant à la forme, a été célébré comme il pouvait « l'être, dans le lieu et d'après les circonstances. »

Cet arrêt, déféré à la Cour de cassation, a été cassé le 16 avril 1817 (Sirey, 1817, 1, 232), par ces motifs : « Considérant qu'il résulte de l'article 183 « du Code civil, qu'un père ne peut être déclaré

---

(1) Au n° 89. *Voyez* aussi le n° 235.

(2) On était censé l'attaquer; car c'était un mandataire qui agissait, et on prétendait qu'il ne justifiait pas de l'existence du mandant. La fille, qui avait méconnu l'autorité paternelle, s'adjoignit aussi à la demande en nullité.

« non-recevable à attaquer le mariage que son en-
« fant mineur a contracté sans son consentement,
« qu'autant que sa demande n'a été formée que plus
« d'un an après la connaissance par lui acquise de
« ce mariage;

« Que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne prononce
« pas d'une manière expresse que *Sommaripa* n'ait
« attaqué le mariage de sa fille que plus d'un an
« après la connaissance par lui acquise de ce ma-
« riage; que par conséquent l'arrêt, en déclarant
« cette action non-recevable, a violé la loi ci-des-
« sus : la Cour casse. »

303. Quant à l'approbation du conseil de famille, dont le consentement était requis, elle doit, pour valider le mariage, être donnée, non pas par tel individu qui, à raison de son degré de parenté, aurait eu qualité pour former opposition, et devrait faire partie du conseil; elle doit émaner de l'être moral dont le consentement était nécessaire, puisqu'elle a pour effet d'équipoller à ce consentement. Elle aura lieu par une délibération en forme. Mais la ratification tacite résultant de simples faits, et si facile à concevoir de la part d'un ascendant, ne sera guère praticable de la part du conseil de famille. On pourrait même croire, au premier aspect, que celle résultant du défaut de réclamation pendant une année depuis que la famille a eu connaissance du mariage, n'est plus applicable lorsque l'époux a atteint sa majorité, attendu qu'alors il n'y a plus

de conseil de famille. Cependant, sur ce dernier point, comme les articles 182 et 183 donnent formellement l'action en nullité à la famille, que le dernier de ces articles déclare que cette action ne s'éteint que par un an depuis que ceux dont le consentement était requis ont eu connaissance du mariage, et dès lors que la loi n'a pas voulu que cette action pût finir par la majorité de l'époux, nous pensons, pour concilier cette disposition avec ce que commande le nature des choses, que les parens sont présumés avoir cette connaissance au jour où s'est accomplie la majorité; par conséquent, qu'ils n'ont qu'une année à partir de cette époque pour attaquer, comme conseil de famille, le mariage dont il s'agit. Il serait, en effet, déraisonnable que des collatéraux pussent venir, sous le nom de conseil de famille, attaquer un mariage qui subsisterait depuis, par exemple, quinze ou vingt ans, sur le prétexte qu'ils n'ont pas connu plus tôt son existence. Ce conseil ne subsiste plus depuis longtemps, et si, par exception quant au mariage, et pour donner, en ce point, effet aux articles 182 et 183, nous admettons qu'on peut le supposer encore moralement existant pendant l'année qui suit la majorité, cela doit avoir un terme : or, celui qui se présente le plus naturellement est d'un an depuis qu'elle est accomplie.

304. On a vu que, dans tous les cas où les ascendans et la famille ont ratifié le mariage, l'époux

ne peut l'attaquer; de telle sorte que, quand bien même l'approbation n'interviendrait qu'après qu'il aurait formé sa demande en nullité, cette demande n'en devrait pas moins être rejetée. L'ascendant donnerait encore utilement en appel sa ratification; et tout ce que nous avons dit au n° 291, pour le cas où c'est une des lignes qui attaque le mariage pour défaut de consentement, et que l'autre l'approuve pendant l'instance, ou même en appel, est également applicable lorsque c'est l'époux lui-même qui demande la nullité.

305. Il serait également non-recevable, encore que l'approbation tacite des ascendans ne résultât que du défaut de réclamation de leur part pendant un an depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage; l'économie de l'article 183 ne permet aucun doute à cet égard, puisqu'il dit : « L'action en nullité ne peut plus être intentée, ni *par les époux* ni par les parens dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, *ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage.* » C'est à l'époux, quand les parens n'agissent pas, à former lui-même sa demande en nullité, ainsi qu'il en a le droit tant qu'il ne s'est pas écoulé une année depuis qu'il a atteint l'âge auquel il aurait pu consentir par lui-même au mariage.

306. Nous avons bien dit que lorsque les ascendans intervenaient sur la demande en nullité formée par l'époux, et qu'ils donnaient leur consentement, l'action était arrêtée dans son cours; mais la nullité serait-elle de même couverte si le délai d'un an *depuis que les ascendans ont eu connaissance du mariage*, venait seulement à expirer pendant l'instance? Nous ne le pensons pas. Si les ascendans n'ont pas agi dans ce cas, on doit supposer qu'ils ont regardé comme inutile de le faire, puisque l'époux avait intenté son action. Leur silence ne peut être considéré comme une ratification; il n'y a aucune conséquence à en tirer. Ce cas est différent du précédent, où la nullité était déjà couverte quand l'époux a intenté son action.

307. Mais quel est, par rapport au fils de famille, *l'âge compétent* dont parle l'article 183?

Nous avons à voir également si l'époux peut, en ce qui le concerne, ratifier valablement son mariage avant d'avoir atteint l'âge compétent?

Et enfin si une cohabitation quelconque, après l'époque à laquelle il a atteint cet âge, le rend désormais non-recevable à demander la nullité?

Suivant MM. Delvincourt et Toullier, l'âge *compétent* est, pour l'homme comme pour la femme, vingt-un ans accomplis, sans distinction entre le cas où c'était le consentement des ascendans qui était requis, et le cas où c'était seulement celui du conseil de famille. Les raisons sur lesquelles ces

jurisconsultes fondent leur opinion, c'est que si le fils de famille qui n'a point d'ascendans est capable de contracter mariage à la majorité ordinaire, par l'effet de sa seule volonté, l'existence d'ascendans en état de manifester leur consentement lors du mariage, doit être sans influence sur sa capacité; qu'à la vérité, leur consentement était exigé, mais qu'il ne l'était que *propter reverentiam iis debitam*, tellement que leur ratification empêche l'époux de demander la nullité; enfin, que cet époux ne saurait tirer des tiers le droit d'attaquer un mariage qu'il ne pourrait attaquer si ces tiers n'avaient pas existé : d'où l'on doit conclure, selon ces jurisconsultes, que l'article 183 se réfère, quant au fils de famille, non pas à l'article 148, mais à l'article 160; dès lors, que le fils de famille qui a contracté mariage à l'âge de vingt-un ans accomplis ne peut jamais en demander la nullité pour défaut de consentement de ses ascendans, et qu'il ne peut plus attaquer celui qu'il a contracté avant cet âge, lorsqu'il l'a approuvé expressément ou tacitement après l'âge de vingt-un ans.

Ces raisons ne nous paraissent pas d'un très grand poids.

D'abord il est impossible de méconnaître que le législateur a entendu parler aussi bien du fils de famille âgé de plus de vingt-un ans, mais de moins de vingt-cinq, que de celui qui n'avait pas vingt-un ans lors du mariage; car, suivant l'article 148, le consentement des ascendans était nécessaire au

premier comme au second; d'après l'article 182, les ascendans et l'époux ont le droit d'attaquer le mariage; et enfin, selon l'article 183, l'époux a ce droit tant qu'il ne s'est pas écoulé une année depuis l'époque à laquelle il a acquis l'âge compétent pour le consentir par lui-même. Cet âge est donc celui qui est exigé par l'article 148; c'est donc à cet article que se réfère nécessairement la loi, puisqu'elle règle l'effet d'une incapacité qu'elle a d'abord supposée.

Quant à ce raisonnement, que l'époux aurait été capable à l'âge de vingt-un ans s'il n'avait pas eu des ascendans, et que l'existence ou la non-existeuce de ces ascendans n'influe en rien sur sa capacité, c'est, nous le croyons, une confusion fautive de l'intelligence naturelle avec la capacité légale. Oui, et nous l'avons dit nous-même (au n° 73), le discernement et la prudence des contractans ne reçoit aucune influence de la circonstance qu'ils ont ou non des ascendans; mais leur *capacité légale* pour contracter mariage à l'âge de vingt-un ans, et à laquelle le législateur s'est attaché, est au contraire subordonnée à la non-existence de ces ascendans, ou à leur consentement. C'est ce que dit positivement l'article 488, en ces termes : « La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; « à cet âge on est *capable* de tous les actes de la vie « civile, sauf la restriction portée au titre *du Ma-* « *riage*; » car cette restriction ne s'applique qu'au fils de famille qui a des ascendans en état de mani-

fester leur volonté : donc c'est lui que la loi déclare ici *incapable* de contracter par lui-même le mariage; donc c'est lui qui n'a pas l'*âge compétent* dont parle l'article 183; par conséquent, comme incapable, il peut attaquer celui qu'il a contracté sans le consentement des personnes à la puissance desquelles il était soumis par rapport à cet acte. Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas où le législateur fasse dépendre la capacité d'une personne de la volonté d'autrui. Ainsi une femme libre de vingt-un ans a tout le discernement nécessaire pour aliéner ses biens, pour en acquérir, même pour se marier sans avoir besoin du consentement de ses ascendans, à la charge de leur faire les actes respectueux : la loi lui reconnaît à cet égard une intelligence complète, et elle a mesuré sa capacité sur son intelligence. Mais lorsque cette femme sera mariée, elle ne pourra, même à l'âge de cinquante ans, contracter sans être autorisée, bien qu'elle ait une intelligence plus formée, une prudence plus mûre qu'à l'âge de vingt-un ans; car alors la loi ne mesure plus sa capacité sur son discernement et sa prudence, elle n'a voulu la faire résulter que de l'autorité maritale ou judiciaire. Or, elle n'a voulu aussi, relativement au mariage, faire résulter la capacité d'un fils de famille âgé de moins de vingt-cinq ans, et qui a des ascendans en état de manifester leur volonté, que du consentement de ces derniers. Et comme la femme qui a contracté sans être autorisée peut demander la nullité

de son engagement, même après la mort de son mari, par la même raison, l'époux peut demander la nullité du mariage qu'il a contracté sans l'autorisation de ses ascendans, quoique ceux-ci gardent le silence ou soient morts.

Autre exemple qui confirme cette vérité, que la capacité n'est pas toujours mesurée sur l'âge des personnes, même relativement à tel ou tel acte : un homme de vingt-un ans accomplis peut former le contrat d'adoption sans le consentement de personne, s'il n'a ni père ni mère ; mais, au contraire, s'il a ses père et mère, il a besoin pour cela de leur consentement tant qu'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année. (Art. 346.)

Enfin, à Rome, l'individu père de famille pouvait, par sa seule volonté, contracter mariage à l'âge de puberté (1), tandis que le fils de famille ne le pouvait, quel que fût son âge, qu'avec le consentement du père de famille, parce que ce n'était point non plus sur le degré d'intelligence réel ou présumé qu'était fondée la capacité, c'était sur le consentement du père. Or, chez nous aussi, mais

(1) L. 25, ff., *de Reg. juris;* L. 20, ff., *de Ritu nupt.*; L. 8, Cod., *de Nuptiis.* D'après ces lois, l'enfant émancipé n'avait besoin, pour contracter mariage, ni du consentement de son père, ni de celui du curateur, ni de celui de sa famille. Tel est le droit des Pandectes. Mais cela fut changé par la loi 18, au Code, *de Nuptiis,* relativement aux *veuves* qui voulaient convoler à de secondes noces; la loi 1re, au même titre, paraît même aussi avoir dérogé à celles citées ci-dessus; enfin la loi 1re, même titre, au Code Théodosien, exigeait le consentement de la mère après la mort du père. *Voyez,* au surplus, les nos 74 et 75 note, *suprà.*

seulement jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, c'est sur le consentement des ascendans qu'est fondée la capacité de l'époux : donc, mineur pour le mariage, il doit pouvoir en demander la nullité.

308. La seconde question, celle de savoir si l'époux peut valablement, en ce qui le concerne, ratifier son mariage avant d'avoir acquis l'âge compétent, ne peut, en principe, souffrir aucune difficulté : il est clair que la ratification est sans effet ; car celui qui est incapable de former un contrat, est par cela même incapable de donner une approbation qui équipollerait au consentement nécessaire à la validité de ce contrat. Il y a lieu d'appliquer au mariage la règle établie aux articles 1311 et 1338, que, pour être efficace, la ratification doit être donnée en état de pleine capacité.

309. Mais comme, selon nous, ou plutôt selon les articles 148, 183 et 448, la majorité des fils de famille qui ont des ascendans en état de manifester leur volonté, est fixée à l'âge de vingt-cinq ans accomplis, nous nous trouvons encore en opposition d'opinion avec MM. Delvincourt et Toullier, relativement à l'âge auquel le mineur peut valablement ratifier son mariage : c'est une conséquence nécessaire de la manière différente dont nous entendons *l'âge compétent.* Ainsi, selon ces jurisconsultes, le fils de famille qui ratifie expressément ou tacitement, à la majorité ordinaire, le mariage qu'il

a contracté sans le consentement de ses ascendans, n'enlève pas, il est vrai, à ceux-ci le droit qu'ils ont de l'attaquer dans les limites établies à l'article 183, mais il se l'enlève à lui-même; d'où il suivrait, si cette opinion était admise, que le mariage contracté par un fils de famille âgé seulement de dix-huit ans, mais que celui-ci a approuvé expressément ou tacitement à vingt-un ans, ne pourrait plus être attaqué par lui, tandis que celui contracté par un individu âgé de vingt-cinq ans moins un jour pourrait l'être par les ascendans, tant qu'il ne se serait pas écoulé une année depuis qu'ils auraient eu connaissance de son existence. Cela ne nous paraît pas être fondé sur les motifs qui ont dicté les dispositions de la loi, combinées entre elles. Si la ratification expresse ou tacite, à l'âge de vingt-un ans, doit couvrir la nullité quant à l'époux, nous aimerions autant dire qu'elle est couverte de plein droit par le seul fait qu'il a atteint cet âge; car personne n'ignore que les mariages contractés sans le consentement des parens ne sont que le fruit de la séduction; M. Delvincourt lui-même dit avec raison qu'elle est légalement présumée. Or, on le demande, la ratification, surtout celle qui résulte, selon le sentiment de ces jurisconsultes, d'une cohabitation quelconque, n'en sera-t-elle pas une conséquence nécessaire? Dans ce système, que devient la protection que la loi a voulu accorder aux familles, et surtout aux mineurs, contre le danger de la séduction, et qu'elle a cru rendre plus

efficace encore en leur attribuant à eux-mêmes le droit d'attaquer le mariage?

310. Nous ne disconvenons pas, au surplus, que, dans l'obscurité que présente sur plusieurs points la loi sur cette matière, et dans son insuffisance sur beaucoup d'autres, les tribunaux n'aient une grande latitude pour accueillir les fins de non-recevoir : d'après cela, l'individu qui a contracté mariage à l'âge, par exemple, de vingt-quatre ans, et qui l'a ensuite ratifié, serait probablement vu avec défaveur dans sa demande en nullité; et nous croyons bien que la décision qui la repousserait ne serait point censurée par la Cour suprême. Mais nous croyons aussi que, si cette décision avait annulé le mariage, même en déclarant *en droit* que la ratification n'avait pu être valablement donnée par l'époux, attendu qu'il n'avait pas atteint l'âge compétent pour pouvoir le contracter par lui-même, c'est-à-dire vingt-cinq ans, nous croyons, disons-nous, que cette décision ne violant aucune loi, étant même une application exacte, quoique rigoureuse, des dispositions de la loi, ne saurait être non plus l'objet d'aucune censure.

311. Nous ajouterons que si, à l'époque à laquelle la ratification a été donnée, l'époux avait acquis le droit de pouvoir consentir par lui-même au mariage, parce que l'ascendant ou les ascendans étaient morts, la nullité serait alors couverte sans aucune difficulté.

312. La dernière question consiste à savoir si, de ce que, en principe, la ratification tacite a le même effet que la ratification expresse, pourvu qu'elle soit certaine, non équivoque, l'on doit, dans le cas du mariage contracté par un mineur sans l'aveu de ses parens, considérer comme approbation valable le fait d'une cohabitation quelconque?

M. Toullier professe qu'on ne peut appliquer à ce cas la disposition de l'article 181, suivant lequel la cohabitation n'est une preuve de ratification qu'autant qu'elle a été continuée pendant six mois depuis la cessation de la violence et de l'erreur, attendu que, si elle a paru un signe équivoque, tant qu'elle n'avait pas une durée de six mois au moins depuis cette époque, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit du mariage contracté par un mineur sans le consentement de ses parens; que, dans ce cas, on suit la règle générale, d'après laquelle le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il a pris, lorsqu'il l'a ratifié en majorité (art. 1311), ou, à défaut de ratification expresse, lorsqu'il l'a volontairement exécuté à l'époque où il pouvait valablement le ratifier (art. 1338). Et comme, suivant l'opinion de ce jurisconsulte, et celle de M. Delvincourt, le fils de famille ne peut attaquer le mariage qu'il a contracté à l'âge de vingt-un ans, ni demander la nullité de celui qu'il a contracté avant cet âge, lorsqu'il l'a ratifié à sa majorité ordinaire, il résulterait de

la combinaison de ces deux décisions, qu'un fils de famille qui s'est marié avant l'âge de vingt-un ans, sans le consentement de ses parens, ne pourrait plus, quelques jours après avoir atteint cet âge, agir en nullité, s'il ne s'était point séparé de celle qui l'a séduit. Cependant la loi ne suppose point cette séparation : elle donne au mineur l'action en nullité, jusqu'à ce qu'il se soit écoulé une année depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, sans distinguer entre le cas où il y a eu, ou non, cohabitation depuis cette époque. De même, une fille mineure, séduite par un individu que la famille n'aurait point agréé, s'est mariée sans le consentement de ses parens, et, comme il arrive presque toujours en pareil cas, elle a cohabité avec son mari; parvenue à l'âge de vingt-un ans, elle demeure encore avec lui pendant quelques jours : elle est maintenant non-recevable à demander la nullité d'un mariage que la famille outragée affecte de voir avec indifférence. Tel est le résultat du système que nous venons d'exposer, puisque les jurisconsultes qui le professent ne déterminent aucune durée à la cohabitation effectuée depuis l'âge compétent, pour en faire résulter la fin de non-recevoir. Nous doutons très fort que telle ait été la pensée du législateur. Cette cohabitation a pour le moins, dans le cas dont il s'agit, des caractères aussi équivoques que celle de cinq mois et vingt-neuf jours depuis la cessation de la violence ou de l'erreur; et cepen-

dant celle-ci est encore imparfaite pour couvrir la nullité. D'ailleurs ce n'est pas dans tous les cas que l'exécution d'un contrat rend non-recevable à l'attaquer; car, lorsque les faits postérieurs à ce contrat n'en sont, pour ainsi dire, qu'une conséquence nécessaire, ils n'emportent point ratification. Nous en trouvons un exemple dans l'article 1681, analysé; nous en trouvons un autre encore plus direct dans la loi 3, § 2, ff. *de minoribus*, où un mineur qui a accepté une succession, et qui, devenu majeur, a reçu quelque chose des débiteurs de l'hérédité, n'est pas pour cela déchu du droit de se faire restituer contre son acceptation, attendu qu'en recevant ainsi ce qui était dû à la succession, il faisait un acte qui était plutôt la conséquence nécessaire du premier, qu'une exécution volontaire de ce même acte. Or, la cohabitation ne peut-êlle pas être considérée, dans beaucoup de cas du moins, comme une conséquence nécessaire du mariage? et n'est-ce pas probablement pour cela que, bien qu'elle ait duré un temps assez long depuis la cessation de la violence ou de l'erreur, elle n'emporte néanmoins ratification qu'autant qu'elle s'est prolongée d'une manière continue pendant six mois? Nous le croyons fermement. Mais nous pensons aussi que les circonstances de la cause devraient être prises en considération par les tribunaux; que, s'il s'agissait du mariage d'un fils de famille, contracté, soit avant l'âge de vingt-un ans, soit après cet âge, la cohabitation qui aurait eu lieu avant l'âge de vingt-

cinq ans, quoique depuis la majorité ordinaire, devrait avoir des caractères plus prononcés pour pouvoir couvrir la nullité, que si elle avait lieu après cet âge; car, comme nous l'avons dit, *l'âge compétent* pour les fils de famille est vingt-cinq ans, et ce n'est qu'après cet âge que régulièrement ils peuvent ratifier leur mariage. Enfin, nous le répéterons, dans l'insuffisance de la loi sur ces points, les décisions des tribunaux, quoique rendues *en droit*, ne seraient probablement l'objet d'aucune censure de la part de la Cour suprême.

SECTION II.

Des nullités absolues ou d'ordre public.

SOMMAIRE.

313. *Il y a cinq causes de nullités absolues.*

314. *Le mariage contracté avant l'âge compétent peut être attaqué par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt; il peut l'être aussi par le ministère public, mais lorsqu'il subsiste encore.*

315. *L'époux qui a su, en contractant mariage, que son conjoint n'avait pas l'âge requis, peut-il en demander la nullité? controversé.*

316. *Les parens qui ont consenti au mariage, dans ce cas, sont non-recevables à en demander la nullité.*

317. *Lorsqu'ils n'ont pas consenti, l'action leur appartient dans l'ordre réglé pour le consentement; mais la mort de l'ascendant du premier degré n'éteint pas l'action.*

318. *Si les père et mère ont consenti au mariage de l'enfant impubère, les ascendans d'un degré supérieur n'ont pas, du vivant des premiers, l'action en nullité; mais ils l'ont après leur mort, si la nullité n'est pas couverte.*

319. *La nullité est couverte lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis*

que l'époux a atteint l'âge compétent, ou lorsque la femme qui n'avait pas cet âge, a conçu avant l'échéance de ces six mois.

320\. *Difficultés que doit faire naître, dans la pratique, la justification de cette dernière fin de non-recevoir.*

321\. *Lorsque la femme dont le mari n'avait pas l'âge compétent devient enceinte dans les six mois avant cet âge, cette circonstance produit-elle la fin de non-recevoir?*

322\. *L'existence d'un premier mariage est une cause de nullité absolue d'un second. Quant au droit d'attaquer le mariage contracté par le conjoint d'un absent de* retour, *et aux personnes qui peuvent l'exercer, renvoi.*

323\. *Après la mort de l'absent, ceux qui ont intérêt à la nullité du second mariage peuvent l'attaquer, en prouvant que l'absent existait lors de sa célébration, sauf les effets résultant de la bonne foi des nouveaux époux ou de l'un d'eux.*

324\. *L'époux qui a contracté un nouveau mariage peut lui-même en demander la nullité.*

325\. *Le nouvel époux le peut pareillement, encore qu'il fût de mauvaise foi, ou qu'il ne pût croire à la nullité du premier mariage que par erreur de droit.*

326\. *A plus forte raison, l'époux au préjudice duquel un second mariage a été contracté peut-il en demander la nullité.*

327\. *Les collatéraux et les enfans nés d'un autre mariage le peuvent aussi, mais non du vivant des deux époux.*

328\. *A quelle époque les ascendans peuvent-ils demander la nullité du second mariage?*

329\. *La nullité résultant du vice de bigamie ne se couvre par aucun temps, par aucune ratification, ni par la dissolution du premier mariage.*

330\. *Mais l'action du ministère public ne peut être exercée que durant l'existence simultanée des deux mariages.*

331\. *Par qui que ce soit que le second mariage soit attaqué, si les nouveaux époux ou l'un d'eux opposent la nullité du premier, cette nullité doit être préalablement jugée: renvoi pour plusieurs questions.*

332\. *Le mariage nul pour vice d'inceste peut être attaqué par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt, et par le mi-*

nistère public : par les collatéraux et les ascendans, après la mort de l'époux leur parent ; et par le ministère public, seulement tant que le mariage subsiste.

333. *Du défaut de publicité, et par qui la nature du mariage peut être demandée.*

334. *Que doit-on entendre par la publicité exigée pour le mariage? Le seul défaut des publications ne constitue point la clandestinité.*

335. *La célébration hors de la maison commune ne rend pas non plus, seule, le mariage clandestin.*

336. *Les tribunaux sont les juges souverains du point de savoir si les élémens constitutifs de la publicité se trouvent à un degré suffisant.*

337. *Affaire* Philippeaux *ou* Thémines.

338. *Ancienne jurisprudence relativement au mariage célébré par un autre prêtre que le propre curé des parties ; passage du discours de l'orateur du gouvernement touchant les vices de clandestinité et d'incompétence de l'officier.*

339. *Il est à craindre que la règle touchant la compétence de l'officier ne soit bientôt, comme celle relative à la publicité, abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux.*

340. *L'officier peut être incompétent sous deux rapports : ou parce qu'il n'est point celui du domicile d'aucune des parties, ou parce qu'il célèbre le mariage hors de son territoire.*

341. *Ancienne jurisprudence touchant la délégation du pouvoir de célébrer le mariage : cette délégation n'est point autorisée sous le Code.*

342. *Lors même qu'elle le serait, l'officier ne pourrait procéder à la célébration hors de son territoire.*

343. *Arrêt qui a cependant jugé que le mariage célébré par un officier hors de sa commune n'était pas nul, et quoique le nombre des témoins requis à la célébration fût incomplet.*

344. *Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, le ministère public n'ayant la voie d'action, en matière de mariage, que pour en demander la nullité, et dans les cas prévus à l'article* 184, *il n'a pas le droit d'interjeter appel d'un*

jugement qui prononce l'annulation d'un mariage. Danger de l'insuffisance de la loi en ce point.

345. *Il n'en a pas moins le droit de s'opposer à la célébration d'un mariage dont son devoir lui prescrirait de demander la nullité, et d'appeler du jugement qui a rejeté son opposition.*

313. Il y a cinq causes de nullités absolues, c'est-à-dire qui peuvent être invoquées, en général, par tous ceux qui ont intérêt à le faire, et, dans l'intérêt du bon ordre, par le ministère public :

1° Pour défaut de puberté ou d'âge compétent;

2° Pour bigamie;

3° Pour inceste;

4° Pour défaut de publicité;

5° Et pour incompétence de l'officier de l'état civil.

Quant à la mort civile, qui est aussi un empêchement absolu au mariage (art. 25), nous en avons parlé en traitant *de la Mort civile* (1), et en parlant *des Empêchemens de mariage, suprà,* n° 132 et suivans.

Les trois premières de ces nullités sont renfermées dans l'article 184, ainsi concu :

« Tout mariage contracté au mépris des dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 « et 163, peut être attaqué, soit par les époux eux-« mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit « par le ministère public. »

Et les quatrième et cinquième se trouvent régies

(1) Tome I, n° 256 et suivans.

par l'article 191. Nous allons expliquer chacune d'elles en particulier.

§ Ier.

De la nullité pour défaut de puberté ou d'âge compétent.

314. Le mariage contracté par un homme âgé de moins de dix-huit ans révolus, ou par une femme âgée de moins de quinze ans accomplis, peut être attaqué non-seulement par l'époux qui n'avait point cet âge, mais encore par le conjoint. Il peut l'être aussi par les ascendans, par tous ceux qui y ont intérêt, et enfin par le ministère public; mais ce magistrat ne peut demander la nullité du mariage qu'autant qu'il n'est point encore dissous. (Art. 190.)

Quant à l'époux qui n'avait pas l'âge requis, il ne saurait y avoir de difficulté : il était incapable, et à ce titre il peut demander la nullité, lors même que l'ascendant ou les ascendans du consentement desquels il avait besoin auraient consenti au mariage; car ce consentement était nul. S'ils n'ont pas consenti, l'époux aurait l'action en nullité sous un double rapport, ou, pour mieux dire, il aurait deux actions en nullité, dont l'une se couvrirait suivant les règles consacrées par l'article 184, que nous venons d'expliquer; l'autre, suivant celles posées à l'article 185, dont nous allons parler tout à l'heure : tellement que le jugement passé en force de chose jugée, rendu sur l'une de ces causes seulement, qui aurait rejeté sa demande en nullité, ne ferait

point obstacle à ce que la nullité pût encore être demandée pour l'autre cause, si elle n'était point couverte. (Art. 1351.)

315. L'autre époux peut aussi demander la nullité : il le peut, quoiqu'il eût connu l'âge de son conjoint. Cette nullité est d'ordre public; et la loi a pensé que plus les mariages contractés au mépris de ses dispositions seraient soumis à des chances d'annulation, moins on se porterait facilement à former des nœuds qu'elle désavoue : aussi l'article 184 dit-il d'une manière générale que le mariage peut être attaqué *par les époux eux-mêmes*, sans distinguer, comme le fait l'art. 182 sous un autre rapport, entre l'époux qui n'avait pas l'âge compétent et celui qui avait cet âge. Cependant cette opinion est controversée. M. Delvincourt, argumentant de l'article 186, dit que le conjoint devrait être déclaré non-recevable. Il le serait peut-être; mais la loi ne dit pas qu'il dût l'être.

316. Quant aux père, mère ou autres ascendans, et à la famille, qui ont consenti au mariage dont il s'agit, ils ne peuvent en demander la nullité (art. 186) : leur faute, aux yeux de la loi, les rend non-recevables à se plaindre de la violation de ses dispositions. La même raison paraîtrait devoir exclure l'action de celui des deux époux qui avait l'âge compétent; mais cette action étant ouverte en termes exprès par l'article 184, et ne se trouvant point rappelée dans la modification apportée

par l'article 186, la disposition de ce dernier article ne doit point lui être appliquée. Néanmoins, comme il vient d'être dit, la question peut être sérieusement controversée.

317. Si les ascendans dont le consentement était requis n'ont point consenti, ils peuvent, disons-nous, demander la nullité : toutefois l'action ne leur appartient que dans l'ordre que nous avons précédemment exposé au n° 286 et suivans, avec cette différence cependant, que si les seuls ascendans dont le consentement était requis peuvent agir, et non les ascendans d'un degré supérieur, ni les collatéraux, néanmoins, dans le cas dont il s'agit ici, si les premiers mouraient avant que la nullité fût couverte, l'action pourrait être exercée par les autres ascendans, et, à leur défaut, par les collatéraux, sous les conditions établies à l'article 187; car ici la nullité ne résulte pas du défaut de consentement des ascendans; elle est d'ordre public : l'action est attribuée aux ascendans en général, et la loi ne fait pas résulter de fin de non-recevoir de la mort de celui dont le consentement était requis. Ce n'est pas seulement l'autorité de cet ascendant qui a été méprisée, et dont il résulte un vice qui s'éteint par sa mort, c'est celle de la loi; c'est l'ordre public qui a été blessé. Il est vrai que, du vivant de cet ascendant, nous refusons l'action à ceux d'un degré supérieur; mais c'est parce qu'il est plus naturel que ce soit lui qui l'in-

tente, puisqu'il a d'ailleurs un autre motif de se plaindre. Mais lorsqu'il est mort, le principe de l'article 184 reprend son empire.

318. On peut demander si, dans le cas où les père et mère avaient consenti au mariage, les aïeuls et aïeules auraient le droit d'en demander la nullité? Tant que les père et mère sont vivans, nous pensons que ni les ascendans d'un degré supérieur, ni les collatéraux, n'ont qualité pour attaquer le mariage; mais, après leur mort, nous croyons que ces ascendans et les collatéraux, dans le cas prévu à l'article 187, peuvent demander la nullité, en supposant qu'elle ne fût pas couverte; car, d'une part, le mariage a pu être attaqué par tous ceux qui ont intérêt, par les époux eux-mêmes, par le ministère public; et, d'autre part, la loi ne fait exception qu'à l'égard des père, mère, ascendans et de la famille, qui ont consenti au mariage : or, si les père et mère y ont consenti, les ascendans et la famille n'ont pas commis la même faute, nous le supposons, et incontestablement ils sont compris dans la classe des personnes qui ont intérêt à attaquer le mariage dont il s'agit. Mais ils ne pourront l'attaquer qu'après la mort de l'époux leur parent (art. 187), et en supposant, comme nous venons de le dire, qu'alors la nullité ne fût pas couverte (1).

319. « La nullité du mariage contracté par des

(1) Voir *infrà*, n° 328.

« époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou « dont l'un n'avait point cet âge, ne peut plus être « demandée,

« 1° Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet « époux ou les époux ont atteint l'âge compétent.

Alors la nullité n'existe plus : l'effet ne doit pas survivre à sa cause.

« 2° Lorsque la femme qui n'avait point cet âge « a conçu avant l'échéance DE six mois. » (Art. 185.)

La nullité était fondée sur le défaut de puberté; dès que la preuve de la puberté existe, l'annulation du mariage n'a plus de motif.

Ici l'on s'est servi de la préposition *de*, qui a un sens absolu, et qui exprime naturellement le délai de six mois à partir du mariage; tandis que c'était la particule relative *des*, qui était le terme propre, parce que ce mot doit se référer aux six mois écoulés depuis que la femme a atteint l'âge compétent, ou quinze ans révolus. Si la disposition était entendue dans le sens qu'elle offre grammaticalement, elle pourrait avoir un résultat que repousseraient la raison et les principes du Droit. En effet, s'il fallait, pour que la nullité fût couverte, que la femme, qui n'avait pas l'âge compétent, conçût avant l'échéance *de* six mois, il s'ensuivrait que le mariage contracté par celle qui était alors âgée de quatorze ans et dix mois, mais qui n'aurait conçu qu'à l'âge de quinze ans et cinq mois, pourrait être annulé, tandis que celui contracté par une femme âgée de douze ans seulement,

et qui aurait conçu avant l'âge de douze ans et demi, serait inattaquable, quoique la loi eût été bien mieux violée encore dans ce cas que dans le premier, puisqu'il était fort incertain que la femme concevrait avec tant de précocité. Il faudrait dire aussi que le mariage contracté à l'âge de treize ans, par exemple, pourrait être attaqué, même après la naissance d'un enfant, si cet enfant ne naissait qu'après seize mois depuis la célébration, attendu que la conception n'aurait pas eu lieu dans le délai de six mois à partir du mariage; et c'est ce qui nous semblerait aussi contraire à la raison qu'à la véritable pensée du législateur. Qu'a-t-il dû vouloir, en effet, si ce n'est que la conception couvrît la nullité, comme elle est couverte par le laps de six mois depuis les quinze ans révolus? Or, il importe peu qu'elle ait lieu dans les six mois du mariage ou depuis, pourvu que ce soit avant quinze ans et demi. « Il serait encore peu raisonnable, di« sait M. Portalis, que l'on pût exciper du défaut « d'âge, quand une grossesse survient dans le ma« riage avant l'échéance *des* six mois donnés pour « exercer l'action en nullité. La loi ne doit pas as« pirer au droit d'être plus sage que la nature. La « fiction doit céder à la vérité. » Ainsi, suivant M. Portalis, les six mois durant lesquels la femme a conçu sont bien évidemment ceux qui ont suivi les quinze ans révolus, et à plus forte raison si la conception a eu lieu avant cet âge.

La fin de non-recevoir ne doit pas, en effet, ré-

sulter uniquement d'une exception aux lois ordinaires de la nature. Dira-t-on que lorsque la femme a conçu dans les six mois du mariage, c'est une preuve qu'elle était pubère quand elle s'est mariée, tandis que cette preuve n'est point offerte par celle qui ne conçoit qu'après les six mois, et surtout par celle qui ne conçoit qu'après l'âge de quinze ans, quoique ce soit dans les six mois qui suivent cet âge? Nous convenons de cela. Mais il ne s'agit pas de savoir si le vœu de la loi a été rempli dans un cas et non dans l'autre : il ne l'a été dans aucun; il s'agit de savoir si la nullité est couverte par le fait de la conception, comme elle l'est par le seul laps de six mois depuis que la femme a accompli sa quinzième année; et il nous semble qu'il y a bien plus de raison encore de le décider ainsi.

320. Mais il peut se présenter plusieurs difficultés dans l'application de cette disposition : l'une de fait, et qui n'est pas la moins grave, c'est de constater ce fait si équivoque, si incertain, de la conception, lorsqu'elle ne sera que très peu avancée au moment où l'action sera intentée. L'autre consiste en Droit, et elle nous paraît grave aussi. En effet, si, sur la demande en nullité, la femme prétend qu'il doit résulter pour elle une fin de non-recevoir de ce qu'elle concevrait avant l'âge de quinze ans et demi, l'action devra-t-elle rester suspendue jusqu'à ce qu'elle ait prouvé que ses espérances se sont réalisées?

La nullité ou la validité du mariage n'est point *conditionnelle.* Si elle l'était, il faudrait, d'après les principes, pour déclarer le mariage valable ou nul, attendre l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la condition, et jusque là l'action devrait rester suspendue. Mais il n'en est pas ainsi : le mariage était nul; seulement la nullité pouvait se couvrir. C'était la fin de non-recevoir qui dépendait d'une condition : or, pour que cette condition eût effet, non-seulement il fallait que la conception eût lieu avant les quinze ans et demi, mais encore avant que l'action fût intentée; car si elle a été exercée à une époque où la femme n'était pas enceinte, elle l'a été légalement.

Nous avons décidé, il est vrai, lorsque la nullité du mariage est fondée sur le défaut de consentement des ascendans, que l'action, même intentée, tombe devant leur ratification : mais cette différence de solution résulte de ce que la ratification équivaut au consentement donné dès le principe (*ratihabitio mandato æquiparatur*), et qu'elle a conséquemment un effet rétroactif; ce qui détruit entièrement les motifs et la base de l'action.

Mais on peut soutenir qu'il n'en est point ainsi de la conception postérieure à l'époque où l'action est exercée, et prétendre que ce n'est qu'à celle survenue antérieurement que sont attachés la fin de non-recevoir et l'effet rétroactif au jour du mariage. Nonobstant ces principes, que nous regardons comme certains, nous pensons que si la nul-

lité n'était demandée qu'à une époque voisine de celle où la femme aurait quinze ans accomplis, et encore mieux si elle n'était demandée qu'après cette époque, les tribunaux pourraient surseoir jusqu'à ce que la femme eût justifié de l'accomplissement de la condition dont dépendait sa fin de non-recevoir. Mais si cette justification n'était pas faite dans le délai énoncé ci-dessus, la nullité devrait être prononcée; d'autant mieux que, dans ce cas, tout n'est pas irréparable, puisque les époux ayant maintenant l'âge compétent peuvent, en remplissant toutes les conditions requises, réhabiliter leur union.

321. Si c'etait le mari qui n'eût pas l'âge compétent, et que la femme, qui l'avait, fût devenue enceinte, la nullité n'en serait pas pour cela couverte. Le crime sans doute ne se présume pas; mais le législateur le prévoit, et cherche à le prévenir, et il a senti qu'il ne fallait pas laisser à la femme le moyen de maintenir un mariage illégal par un commerce coupable avec un autre que son mari. La rédaction de l'article 185 ne laisse aucun doute à cet égard (1).

§ II.

De la nullité pour cause de bigamie.

322. La seconde espèce de nullité absolue est celle qui résulte de la bigamie.

---

(1) *Voyez* ce qui a été dit au n° 279 sur un cas analogue.

A cet égard, nous ne reproduirons pas ce que nous avons dit au titre *des Absens*, tom. Ier, no 523 à 528, pour démontrer que, dans le cas où le conjoint d'un absent a contracté une nouvelle union, et que l'absent a donné la preuve de son existence par son retour, l'action du ministère public n'est point enchaînée, ainsi qu'on le prétend. Nous avons aussi reconnu, au même endroit, dans le nouvel époux et dans le conjoint de l'absent, le droit d'attaquer ce nouveau mariage. Enfin nous avons dit que l'article 139 n'était pas, en principe, applicable au cas où, à l'époque à laquelle le conjoint de l'absent s'est remarié, l'absence n'était point encore déclarée; que cependant, à raison des circonstances, les tribunaux pourraient appliquer la disposition de cet article 139.

323. Mais ici se présente une question que nous n'avons point encore traitée, celle de savoir si, après la mort de l'absent, le second mariage pourra être attaqué par ceux qui auraient intérêt à son annulation, et qui prouveraient qu'au moment où il a été célébré l'absent existait encore?

Trois classes de personnes principalement peuvent avoir intérêt à demander la nullité :

Les enfans du mariage de l'absent (1), et dans deux cas : 1o lorsqu'il y a des enfans du second mariage qui veulent venir avec eux à la succession

---

(1) Mais non les enfans du second mariage, car ils ont intérêt, au contraire, à ce qu'il ne soit pas annulé.

de l'absent où à celle d'un enfant du premier mariage; 2° lorsque, après la mort de leur mère, des enfans du second lit veulent venir à sa succession ou à celle de l'un de ses parens avec ceux du premier, ou que le second mari veut réclamer les avantages que lui attribue son contrat de mariage.

Les ascendans ou les collatéraux de la femme, dans l'hypothèse où il n'y a point d'enfans du premier mariage, et que les avantages conférés par le second au nouvel époux blessent leurs droits.

Enfin le nouvel époux, ses ascendans ou ses collatéraux; mais, quant à ceux-ci, lorsqu'il y a des enfans du second mariage, ou, s'il n'y en a pas, lorsque ce nouvel époux a fait des avantages à son conjoint. Ce dernier peut aussi avoir intérêt à l'annulation du mariage, ainsi que ses héritiers.

En disant que le second mariage ne peut être attaqué que par l'absent lui-même ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence, l'article 139 n'a pas eu pour objet de faire produire à ce second mariage tous les effets civils, comme s'il avait été légitimement contracté : il serait en contradiction avec les dispositions des articles 147 et 184. Il n'a pas voulu que l'absence de l'un des époux fût pour l'autre un privilége de bigamie; il veut simplement que, tant qu'il y a incertitude sur la validité de ces nouveaux liens, personne autre que l'absent, par lui-même ou son fondé de pouvoir, ne puisse en demander la nullité. Il crée simplement une fin de non-recevoir *quant à pré-*

sent, loin de consacrer la validité d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier. En conséquence, lorsque ceux qui ont intérêt à l'annulation de cette seconde union, et auxquels la loi donne le droit de la demander, fourniront tout à la fois et la preuve qu'elle a été formée avant la dissolution de la première, et qu'ils ont qualité pour agir, parce que leur intérêt est *né et actuel*, ils seront recevables dans leur action. A plus forte raison seront-ils admis à combattre par voie d'exception ce second mariage, si on le leur oppose; sauf, dans tous les cas, l'application des articles 201 et 202, relatifs aux conséquences de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux.

324. L'action en nullité pour cause de bigamie peut être intentée, avons-nous dit, par les époux eux-mêmes;

Par tous ceux qui y ont intérêt;

Par le ministère public. (Art. 184.)

Elle peut l'être par les *époux eux-mêmes*, par conséquent, par celui-là même qui était engagé dans les liens d'un précédent mariage, comme par son nouveau conjoint.

Quant au premier, cela ne peut faire aucune difficulté, s'il était de bonne foi. Mais, en supposant qu'il fût de mauvaise foi, et que le crime de bigamie fût prescrit (1), n'ayant plus alors à craindre

---

(1) On a voulu souvent le ranger dans la classe de ces délits *successifs* qui se commettent chaque jour, et pour ce motif, on vou-

les suites de son délit, pourrait-il demander la nullité du second mariage?

Et le nouvel époux, qui connaissait l'existence du précédent, ou qui ne pouvait croire à sa dissolution que par une erreur de droit, peut-il demander la nullité du sien?

325. Cette seconde question, dont la solution peut, par voie de conséquence, s'appliquer aussi à la première, a été jugée affirmativement par la Cour de Paris, dans l'espèce suivante. La dame Aldovrandi, Italienne, après avoir vécu en mauvaise intelligence avec son mari pendant un assez grand nombre d'années, fit prononcer, en l'an VIII, une espèce de divorce par consentement mutuel, par l'agent du gouvernement français à Milan. Le sieur Aldovrandi aurait simplement donné à ce sujet un consentement par écrit. La dame Aldovrandi épousa de suite le général Kellermann, dont elle avait déjà deux enfans; et n'étant pas plus heureuse dans cette seconde union que dans la première, elle forma une demande en séparation de corps contre son nouvel époux, qui y répondit par une demande en nullité de son mariage, sur le fondement que le premier contracté par la dame Aldovrandi subsistait encore à l'époque de la cé-

---

lait que la prescription de l'action criminelle ne commençât son cours que du jour où la bigamie avait cessé par la dissolution de l'un des deux mariages; mais ce système a été rejeté, avec raison, par un arrêt de la Cour d'assises de Rouen, du 29 avril 1815. Sirey 1815, 2, 219.

lébration du second, attendu que le divorce n'était point admis par les lois qui régissaient l'union des sieur et dame Aldovrandi, et que d'ailleurs le divorce qui avait eu lieu était nul en la forme, et nul à raison de l'incompétence de l'agent français qui l'avait prononcé. Cette demande en nullité a été accueillie par la Cour royale de Paris, par arrêt du 8 juin 1816 (Sirey, 1818, 2, 30), quoique assurément celui qui l'a formée n'ignorât pas l'existence du premier mariage, ou du moins qu'il ne pût croire à sa dissolution que par erreur de droit. On s'est fondé sur ce que cette nullité est d'ordre public, et que c'est pour cette raison que l'article 184, sans égard aux principes de l'ancienne jurisprudence, qui toléraient difficilement un époux venant demander lui-même la dissolution des liens qu'il avait formés au mépris des lois, accorde aux époux, comme au ministère public, comme à tous ceux qui y ont intérêt, le droit de demander la nullité du mariage. Nous applaudissons d'autant mieux à la loi et à l'application que la Cour de Paris en a faite, que, ainsi que nous l'avons dit, c'est un frein de plus mis à la licence des passions : plus les mariages réprouvés seront exposés à être annulés, moins on sera porté à violer les lois qui les prohibent. Et comme ces raisons sont applicables à l'époux qui était lui-même engagé dans les liens d'un premier mariage, et qui, de mauvaise foi, se trouve, par la prescription de l'action criminelle, maintenant hors d'atteinte; que d'ailleurs l'art. 184

ne distingue pas, nous décidons aussi qu'il peut agir en nullité. Il n'y a aucun argument à tirer, contre cette décision, de l'article 186, suivant lequel l'ascendant qui a consenti au mariage de l'époux impubère est non-recevable à l'attaquer : car cette nullité peut facilement se couvrir; le fait qui la produit blesse bien moins l'ordre social que la bigamie. Toutefois, comme, en matière de nullité de mariage, les tribunaux ne s'attachent pas toujours rigoureusement aux principes absolus, qu'ils se décident, au contraire, fréquemment par des fins de non-recevoir, il serait possible qu'ils écartassent la demande. Mais s'ils l'accueillaient, nous croyons que leur décision serait à l'abri de la censure; car, loin de violer la loi, elle serait fondée sur le texte positif de l'article 184.

326. L'époux au préjudice duquel a été contracté ce second mariage peut aussi, et avec plus de raison que qui que ce soit, en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui (art. 188). Il a le droit de défendre son titre.

327. Quant aux collatéraux et aux enfans nés d'un autre mariage, ils ne peuvent demander la nullité du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel (art. 187); et ils n'ont point cet intérêt du vivant de l'époux leur parent, puisqu'il peut arriver qu'à sa mort il n'y ait pas d'enfans de ce second mariage. Or, la loi a voulu mesurer les droits des collatéraux sur

leur intérêt. Toutefois, si, du vivant de cet époux, une succession venait à s'ouvrir; qu'il en fût exclu comme indigne, et que les enfans du mariage fussent appelés à la recueillir de leur chef, les collatéraux qui auraient intérêt à contester leur légitimité pourraient le faire en attaquant le mariage, sinon tant que l'un et l'autre époux vivraient, du moins après la mort de l'un d'eux; et ils pourraient aussi, s'ils faisaient prononcer la nullité, se faire restituer l'hérédité, si elle avait été appréhendée par les enfans.

328. Cet article 187 ne s'explique pas sur les ascendans, relativement à l'époque à laquelle naît pour eux le droit d'attaquer le mariage dont il s'agit; mais il en doit être de même que pour les enfans et les collatéraux : l'intérêt doit être né et actuel, par conséquent ce ne doit être qu'après la mort de l'époux leur descendant; sauf, si leur consentement était nécessaire à la validité du mariage, et qu'ils ne l'aient point donné, à faire valoir la nullité pour cette cause, comme il est dit aux articles 182 et 183.

M. Delvincourt professe l'opinion contraire, mais dans la forme du doute : « Il paraît, dit ce jurisconsulte, que, dans tous les cas, les ascendans peuvent demander la nullité, quand même ils n'auraient aucun intérêt. D'abord ils ne sont pas compris dans la prohibition portée à l'article 187; en second lieu, l'article 191 distingue formellement

les ascendans de ceux qui ont besoin d'avoir un intérêt né et actuel pour réclamer. C'est la suite du système d'après lequel les ascendans sont toujours censés mus par un sentiment de bienveillance et un intérêt d'affection, et exercent, comme dit l'orateur du gouvernement, une sorte de magistrature domestique. »

Quant à la magistrature domestique, elle s'évanouit à la majorité requise pour le mariage : une magistrature que l'on peut méconnaître impunément n'est plus qu'un simulacre ; il n'en existe plus que l'ombre sur l'individu qui a atteint sa cinquantième année, bien qu'il soit obligé de faire l'acte respectueux pour pouvoir se marier, si ses ascendans ne consentent pas à son mariage, puisque l'inobservation de cette formalité ne donne lieu à aucune action en nullité. L'argument tiré de ce que, dans l'article 191, les ascendans sont distingués de ceux qui ont un intérêt né et actuel, peut être rétorqué avec avantage, attendu qu'en supposant qu'ils pussent, dans le cas de cet article, demander la nullité, quoique leur consentement ne fût pas requis, et qu'ils n'eussent pas encore un intérêt né et actuel, cette distinction n'étant pas faite par l'article 184, ce silence serait favorable à notre opinion. Il est vrai que l'article 187 ne les comprend pas nominativement au nombre des personnes dont l'intérêt n'est point censé né et actuel du vivant des deux époux; mais aussi faut-il, d'après l'article 184, qu'ils aient un intérêt : or, cet

intérêt ne peut exister que lorsque leur autorité a été méprisée, c'est-à-dire, lorsque leur consentement était requis, ou lorsque l'époux leur parent est décédé. Et comme cet intérêt existe dans deux cas, on ne l'a point mis, dans l'article 187, sur la même ligne que celui des collatéraux ou des enfans, qui n'existe que dans un seul; autrement il y aurait eu confusion. Ils peuvent d'ailleurs dénoncer le fait au ministère public, qui fera condamner les époux à se séparer, si les deux mariages subsistent encore.

329. Au reste, la nullité résultant de l'existence d'un premier mariage à l'époque de la célébration du second ne se couvre par aucun laps de temps, par aucune ratification, ni par la dissolution du premier survenue pendant la durée du second. Cette circonstance, dans le cas où les époux étaient tous deux de mauvaise foi (car si l'un d'eux était de bonne foi, le mariage produirait ses effets civils à son profit et au profit des enfans), n'est toutefois pas indifférente quant à la qualité des enfans conçus depuis la dissolution du premier mariage : ils sont naturels simples, tandis que ceux conçus auparavant sont adultérins.

330. Le ministère public n'a le droit de demander la nullité que tant que les deux mariages subsistent simultanément. L'article 190 porte, en effet, que « le procureur du Roi, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifi-

« cations portées en l'article 185, peut et doit de-
« mander la nullité du mariage, du vivant des deux
« époux, et les faire condamner à se séparer. » Après
la mort de l'un d'eux, il ne le peut donc plus.

Mais ces mots, *du vivant des deux époux*, dont le sens ne laisse aucun doute dans les cas du défaut d'âge compétent et d'inceste, ne rendent pas suffisamment la pensée de la loi dans celui de bigamie; car ils laissent entendre que le ministère public peut et doit toujours, du vivant des deux époux qui ont contracté le mariage réprouvé, attaquer ce mariage. Ce n'est pas ainsi, cependant, que l'article doit être entendu : l'action n'est accordée au ministère public que pour faire cesser le scandale : or, le scandale n'a lieu que par l'existence simultanée des deux mariages. Ainsi l'action du ministère public doit cesser tout aussi bien par la mort de l'époux au préjudice duquel le second mariage a éte contracté, que par la mort de l'un des nouveaux époux.

331. Mais, par qui que ce soit que le mariage soit attaqué, et quelle que soit l'époque où l'annulation en est demandée, si les nouveaux époux (ou l'un d'eux) opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité doit être jugée préalablement : tel est le véritable sens de l'article 189 (1). Le se-

(1) Voir aux n° 144 à 147, *suprà*, plusieurs questions importantes, lorsque les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage.

cond mariage n'est en effet nul qu'autant que le premier était valable.

§ III.

De la nullité pour cause d'inceste.

332. La troisième cause de nullité absolue est l'inceste; et il y a inceste, si le mariage a été contracté au mépris des dispositions contenues aux articles 161, 162 et 163, dont nous avons expliqué le sens aux nos 148 à 173.

Comme la nullité peut être aussi demandée par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt, et par le ministère public, et dans les mêmes cas que peut l'être celle qui résulte de la bigamie (art. 184 et 190), ce que nous venons de dire pour ce dernier cas est également applicable ici, du moins en général.

Ainsi, à toute époque les époux peuvent respectivement demander la nullité. (Art. 184.)

Les collatéraux ne le peuvent du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. (Art. 187.)

Et généralement ils n'ont point cet intérêt du vivant de l'époux leur parent, lors même que l'autre est décédé (1).

Pour les enfans du mariage, il est clair qu'ils n'ont pas d'intérêt à en demander la nullité.

---

(1) Voir, toutefois, le no 327, *suprà*.

Et pour les ascendans, s'applique ce que nous venons de dire au nº 328.

Enfin, le ministère public ne peut agir que du vivant des deux époux (art. 190); mais il le peut quoique le mariage eût été contracté en pays étranger et que l'acte n'eût point été transcrit sur les registres en France (1).

§ IV.

De la nullité pour défaut de publicité du mariage.

333. La quatrième cause de nullité absolue résulte du défaut de publicité du mariage.

Suivant l'article 191, « tout mariage qui n'a « point été contracté publiquement, et qui n'a « point été célébré devant l'officier public compé- « tent, peut être attaqué par les époux eux-mê- « mes, par les père et mère, par les ascendans, et « par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, « ainsi que par le ministère public. »

Nous traiterons séparément de la nullité pour cause d'incompétence de l'officier public qui a célébré le mariage.

334. Mais qu'entend-on par un mariage qui n'a pas été célébré publiquement? Est-ce celui qui n'a pas été célébré dans la maison commune? Est-ce celui qui n'a point été précédé des publications requises?

---

(1) Voir à cet égard l'arrêt de cassation cité au nº 163, *suprà*.

Il faut d'abord rejeter cette dernière supposition, prise isolément; car l'article 192, qui prévoit cette infraction à la loi, établit une peine, et se borne à cela : « Si le mariage, dit-il, n'a point été précédé « des deux publications requises, ou s'il n'a pas été « obtenu des dispenses permises par la loi, ou si « les intervalles prescrits n'ont point été observés, « le procureur du Roi fera prononcer contre l'offi- « cier public une amende qui ne pourra excéder « trois cents francs, et contre les parties contrac- « tantes, ou ceux sous la puissance desquels elles « ont agi, une amende proportionnée à leur fortune. »

335. Il faut également rejeter la première supposition, prise aussi isolément. Il est vrai que l'article 75 veut que l'officier de l'état civil dresse l'acte de mariage *dans la maison commune*, et que l'orateur du gouvernement a dit : « *La célébration du* « *mariage doit être faite, en présence du public, dans* « *la maison commune;* » qu'il a dit encore : « Le ma- « riage est célébré en présence de l'officier civil, « *dans la maison commune : cet officier n'a aucun* « *pouvoir personnel de changer le lieu de la célébra-* « *tion.* » Mais, quelque formelles que soient ces déclarations du premier interprète du vœu du législateur, il faut néanmoins tenir pour certain qu'en désignant la maison commune pour le lieu de la célébration du mariage, la loi n'a voulu qu'indiquer le local où le plus communément cette célébration est faite. Ce n'est pas une limitation, c'est

une simple désignation. La loi ne prononce d'ailleurs nulle part la nullité; et l'on voit même, par l'article 193, que les contraventions à l'article 165, qui ordonne que le mariage soit célébré publiquement devant l'officier de l'état civil, ne sont pas toujours des causes de nullité. M. Locré nous apprend que telle a été l'opinion du Conseil d'État : « Le mariage célébré hors de la maison commune, « et même hors de la commune (1), pourvu qu'il « l'ait été publiquement et par l'officier public com- « pétent (2), n'est pas frappé de nullité. Ainsi a été « décidée la question agitée sur l'article 75, et ren- « voyée au chapitre *des nullités*. Elle consistait à « savoir si l'officier de l'état civil, dans les cas d'ur- « gence, peut se transporter hors du lieu ordinaire « de la célébration du mariage. La loi ne lui ôte pas « cette faculté; car non-seulement elle ne déclare « pas nul le mariage qui a été ainsi célébré, mais « elle ne voit pas là une irrégularité qui doive, « comme celles qu'elle prévoit dans les articles 50 « et 192, entraîner la peine la plus légère (3). »

Cette tolérance de la loi était d'ailleurs la suite du système adopté sur les mariages *in extremis*,

---

(1) Nous reviendrons sur ce dernier point, car nous doutons très fort que telle ait pu être la pensée de la loi. La discussion au Conseil d'État n'a pas, nous le croyons du moins, roulé sur ce cas. Il n'en est fait mention nulle part; et nous n'avons même trouvé dans les procès-verbaux aucune trace de discussion sur le premier, si le mariage peut être célébré hors de la *maison commune;* ce qui n'est, au surplus, pas douteux, ainsi qu'on va le voir.

(2) Mais cet officier est-il compétent hors de sa commune?

(3) *Esprit du Code civil*, tom. III, pag. 501.

dont l'orateur du gouvernement a proclamé la validité; et puisqu'on n'a pas voulu les rendre nuls dans le droit, il ne fallait pas les rendre impossibles dans le fait : cependant c'est ce qui aurait presque toujours eu lieu dans ce cas, si l'on n'eût regardé comme valables que les mariages célébrés dans la maison commune.

336. Le défaut de publicité, dans l'esprit de la loi, ne résulte donc pas de l'absence des publications, considérée isolément, ni du fait de célébration hors de la maison commune, aussi considéré en lui-même : il résulte de l'absence des divers élémens dont le législateur a fait choix pour faire connaître les mariages aux citoyens; et comme cette omission peut avoir des caractères plus ou moins prononcés, la loi, par l'article 193, dont nous avons rappelé la disposition, a laissé aux tribunaux le pouvoir d'apprécier, dans leur sagesse et dans leurs lumières, si son vœu a été ou non suffisamment rempli. Tel est l'esprit de la jurisprudence sur ce point important. Deux arrêts de la Cour de cassation ne laissent plus de doute à cet égard. Nous avons déjà (au n° 249) rapporté les termes dans lesquels l'un d'eux a été rendu, et l'autre mérite également d'être textuellement cité : il démontrera que si, malgré la gravité des faits de la cause, le mariage a été maintenu, c'est que la Cour de cassation a pensé que, dans l'esprit de la loi, les Cours royales avaient, pour ainsi dire, un

pouvoir souverain quant à l'appréciation des faits constitutifs de la publicité du mariage.

337. Mademoiselle *Philippeaux*, âgée de quinze ans et quelques mois, était recherchée en mariage par M. de *Thémines*. Elle refusa sa main. Déjà privée de son père, elle eut le malheur de perdre aussi sa mère; et deux jours après cette perte, le tuteur testamentaire qui lui avait été donné est frappé d'une paralysie qui lui affecte principalement les organes du cerveau. M. de Thémines se représente, et demande au tuteur la main de sa pupille, qui lui est accordée. Dix jours après la mort de la mère, le contrat de mariage est passé : on n'y appelle ni l'oncle de la future, ni ses proches parens, ni aucun parent mâle; seulement cinq femmes de la famille le signèrent. Le onzième jour a lieu la première publication du mariage, et le quatorzième on convoque, le matin, pour midi, et par lettres missives, un conseil de famille, composé d'un seul parent, assez éloigné, et de cinq alliés; l'oncle, les cousins-germains et tous les autres parens de la pupille n'y sont point appelés. Ce conseil donne son assentiment au mariage. Le dix-huitième jour après la mort de la mère, on fait la seconde publication, et le vingt-unième, qui tombait au 26 mars 1806, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil, *dans la maison particulière de la demoiselle Philippeaux, à huit heures du soir.*

Cette jeune personne a réclamé contre ce ma-

riage, sur le double motif qu'il n'avait pas été célébré publiquement, et que le conseil de famille avait été convoqué et composé irrégulièrement.

Déclarée non-recevable par le tribunal de Marmande, elle s'est pourvue en appel; et, par arrêt du 18 décembre 1806, la Cour d'Agen infirma le jugement, en ce qu'il avait déclaré la demande en nullité non-recevable, mais en déclarant néanmoins le mariage valable au fond, par les motifs suivans : « Attendu, en ce qui touche le moyen tiré « du défaut de publicité, que, quoique l'article 75 « du Code civil désigne la maison commune pour « le lieu où doit être célébré le mariage, cette dis« position ne peut être considérée comme impéra« tive, et que cet article ne prononce pas la peine « de nullité pour l'omission de cette formalité; que « l'article 165, qui prescrit la publicité, ne porte « pas non plus la peine de nullité; que d'ailleurs la « publicité du mariage consiste, non en ce qu'il « soit célébré dans la maison commune, mais seu« lement qu'il le soit par l'officier de l'état civil « compétent, en présence de quatre témoins, et « que l'acte en soit inscrit sur les registres de l'état « civil; qu'ainsi la loi ne prononçant pas la peine « de nullité du mariage célébré hors de la maison « commune, les juges ne peuvent la prononcer, et « que celui dont il s'agit, portant avec lui tous les « caractères de la publicité, puisqu'on retrouve « dans l'acte l'officier de l'état civil compétent, la « présence des quatre témoins, et qu'il est inscrit

« sur les registres de l'état civil, doit être main-« tenu, etc. »

Nous n'adoptons pas tous ces motifs sans restriction. D'abord, quant à celui qui consiste à dire que l'article 165, qui prescrit la publicité, ne porte pas la peine de nullité, il nous semble, bien que cela soit vrai en fait, que néanmoins cet article, par sa relation avec l'article 191, dont il ne doit pas être séparé, n'est pas non plus exclusif de la nullité, puisque ce dernier, qui en est la sanction, la prononce, sous la modification apportée par l'article 193. En second lieu, nous ferons observer, comme complément de cette première remarque, que lorsque la Cour d'Agen dit que les juges ne *peuvent* prononcer la nullité, parce que, selon elle, la loi ne l'a pas prononcée, elle suppose précisément ce qui était en question, ou pour mieux dire, elle repousse un pouvoir que la loi avait confié à leurs lumières et à leur prudence, ainsi qu'il résulte des articles 191 et 193 combinés, et même de l'arrêt de la Cour de cassation, qui cependant a confirmé celui de la Cour d'Agen, le 22 juillet 1807. (Sirey, 1807, 1, 320.)

La dame de Thémines fondait son pourvoi sur une contravention aux articles 75, 407 et 411 du Code civil; mais ce pourvoi fut rejeté en ces termes : « Attendu, porte l'arrêt, que n'ayant rien vu, « dans les circonstances particulières de l'affaire, « qui dût imprimer aux irrégularités relevées par « la dame de Thémines un caractère de gravité tel,

« qu'elles fussent suffisantes pour faire prononcer « la nullité demandée, la Cour d'appel A PU, sans « contrevenir à la loi (1), ne pas avoir égard à ces « irrégularités, et qu'elle a eu d'autant plus *de liberté* « de ne pas s'y arrêter, que les articles cités (2) du « Code ne prononcent même pas textuellement la « peine de nullité pour l'inobservation des forma- « lités qu'ils indiquent : la Cour rejette. »

§ V.

De la nullité fondée sur l'incompétence de l'officier public qui a célébré le mariage.

338. Il ne nous reste plus à parler que de la nullité résultant de l'incompétence de l'officier qui a célébré le mariage.

Une foule de monumens de l'ancienne jurisprudence attestent que le mariage célébré par un autre prêtre que le propre curé, non autorisé à le célébrer (3), était nul et de nul effet; et M. Portalis,

---

(1) Nous en convenons; mais si elle eût jugé autrement, elle n'aurait point non plus contrevenu à la loi; et il y a mille à parier contre un, attendu les circonstances de la cause, que sa décision n'aurait pas non plus été censurée.

(2) En effet, celui qui prononce la nullité pour défaut de publicité est l'article 191, que la dame de Thémines n'a pas cru devoir invoquer, s'attachant plutôt à une disposition de simple précepte qu'à celle qui pouvait seule, dans le véritable esprit de la loi, lui offrir quelque chance de succès.

(3) L'édit de mars 1697, que nous avons cité par extrait au n° 226, n° 3, *suprà*, autorisait la célébration par un prêtre qui n'était point le curé des parties, pourvu qu'il eût obtenu la permission spéciale et par écrit du curé des parties, ou de l'archevêque ou évêque diocésain.

dans l'*exposé* des motifs de la loi au Corps Législatif, s'exprimait ainsi : « La plus grave (1) de toutes « les nullités est celle qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré publiquement *et en présence de l'officier civil compétent.* Cette nullité « donne action aux père et mère, aux époux, au « ministère public, et à tous ceux qui y ont intérêt. « Elle ne peut être couverte par la possession, ni « par aucun acte exprès ou tacite de la volonté des « parties; elle est indéfinie et absolue (2). Il n'y a « pas mariage, mais commerce illicite, entre des « personnes qui n'ont point formé leur engagement « en présence de l'officier public compétent, témoin nécessaire du contrat. Dans notre législation « actuelle, le défaut de présence de l'officier civil « compétent a les mêmes effets qu'avait autrefois « le défaut de présence du propre curé. Le mariage « était radicalement nul; il n'offrait qu'un attentat « aux droits de la société, et une infraction manifeste des lois de l'État. »

---

(1) On sent que l'orateur ne s'exprimait de la sorte que pour donner plus de poids à son discours, car assurément, dans sa pensée, les vices résultant de la bigamie, de l'inceste au premier ou au second chef, étaient des causes de nullité plus graves que celle résultant du défaut de publicité. Aussi nous nous garderons bien, en méconnaissant le véritable sens de ses paroles, d'y trouver, comme un auteur, le sujet d'une critique : elle serait sans objet.

(2) D'après cela, la possession d'état d'époux ne purgerait pas le vice, et ne rendrait pas l'un des époux non-recevable à demander la nullité de l'*acte de célébration*, ni, par suite, celle du mariage, nonobstant la disposition de l'article 196. Voir à cet égard ce que nous avons dit précédemment, n° 250 et 252.

339. Quelque solennelle que soit cette expression de ce que nous devons croire être le vœu de la loi, il paraît cependant que la règle touchant la compétence va être abandonnée à la discrétion des tribunaux, comme celles relatives à la publicité, et qu'ainsi la Cour régulatrice, abdiquant elle-même le pouvoir qu'elle exerce avec tant d'avantage pour le maintien des lois, va nous laisser retomber, par rapport à l'objet qui intéresse au plus haut degré l'ordre social, dans une sorte de jurisprudence parlementaire, n'ayant d'autres règles que la volonté du juge, et d'autre guide que des circonstances particulières, relatives, pour l'ordinaire, aux personnes intéressées au maintien ou à l'annulation des mariages attaqués. C'est ce qu'on va voir par l'arrêt dont nous allons bientôt parler.

340. L'officier de l'état civil peut être incompétent sous un double rapport :

Il est incompétent lorsqu'il procède à la célébration de l'union de deux personnes dont aucune n'a son domicile, relativement au mariage, dans la commune où il exerce ses fonctions : cette incompétence est à raison de la personne.

Il est également incompétent lorsqu'il célèbre un mariage hors de cette commune, quoiqu'il soit l'officier de l'une des parties : cette incompétence est territoriale.

341. Suivant l'ancienne jurisprudence, comme nous l'avons dit, les curés avaient le pouvoir de

déléguer à d'autres les fonctions qu'ils avaient à remplir par rapport au mariage; mais les officiers de l'état civil ne l'ont pas : il n'y a pas, à cet égard, de disposition dans la loi qui le leur accorde, comme l'édit de 1697 l'accordait aux curés. Leurs fonctions sont purement personnelles, et il faut qu'ils les remplissent *chacun dans son territoire* (1).

Cette délégation pouvait très bien se concevoir dans les anciens principes : le ministre du mariage était le ministre de la conscience : son pouvoir légal était en raison de son pouvoir spirituel, et ce pouvoir spirituel n'étant point circonscrit dans les limites matérielles d'une localité, pouvait naturellement se déléguer dans son exercice. Aujourd'hui le ministre du mariage civil est tout entier le ministre de la loi, et la loi n'autorise, par aucune de ses dispositions, la délégation du pouvoir qu'elle lui a confié. A la vérité, l'on dit « que l'officier de « l'état civil n'exerce aucune juridiction, ni contentieuse ni volontaire, qu'il n'exerce qu'un ministère passif, qu'il n'est que le témoin authentique, « que le rédacteur légal du contrat qui se forme en « sa présence. »

Étrange contradiction, de ne voir dans l'officier

(1) *Voyez* M. Merlin, *Répertoire*, v° *Mariage*, section 4, § 3. Mais abandonnant son opinion, véritablement fondée sur les principes, cet auteur a ensuite tenté, dans le volume d'addition à ses œuvres, imprimé en 1824 (tom. XVI, pag. 728), de la concilier avec sa nouvelle doctrine, en disant que, par ces mots, *chacun dans son territoire*, il faut entendre, chacun à l'égard *des parties domiciliées dans son territoire.*

de l'état civil qu'*un témoin authentique*, un rédacteur légal du contrat qui se forme en sa présence, et néanmoins un pouvoir qui peut être délégué; car si cet officier délègue son pouvoir, il n'est plus témoin authentique. Qu'importe qu'il ait ou non une juridiction volontaire, dans le sens ordinaire qu'on attache à ce mot? Il a une *qualité*, et cette qualité il la tient de la loi, qui l'appelle officier de l'état civil;

Qui le charge de faire les publications, actes dans lesquels, certes, il ne remplit pas le simple rôle de témoin;

Qui imprime à sa signature le caractère de l'authenticité;

Qui lui donne mission de former le lien du mariage, en disant aux époux : Je vous déclare unis en vertu de la loi; ce qu'il ne pourrait dire, s'il n'en était pas le ministre.

N'était-il aussi qu'un témoin, lorsqu'il rompait l'union en exécution d'un jugement de divorce? Mais c'est trop s'arrêter sur une vaine métaphysique, qui ne peut même faire un pas sans tomber dans des contradictions palpables.

342. Au surplus, en admettant, ce qui est cependant inadmissible, que les officiers de l'état civil pussent déléguer la mission que la loi leur a confiée, il n'en résulterait pas que celui qui est compétent parce qu'il est l'officier de l'état civil de l'une des parties, pût aller célébrer le mariage hors

de sa commune; pas plus qu'un juge de tribunal de Paris ne pourrait, même en matière purement personnelle, juger valablement à Bordeaux la cause d'un citoyen de Paris; pas plus qu'un notaire, qui n'exerce non plus aucune juridiction, ni volontaire ni contentieuse, ne pourrait recevoir des actes hors de son ressort (1).

343. Voici cependant ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation, section civile, en date du 31 août 1824 (Sirey, 1824, 1, 360), et contrairement aux conclusions du ministère public:

« Attendu que le mariage dont il s'agit a été at-« taqué par contravention aux articles 165, 191 « du Code civil, et autres qui s'y réfèrent; que si

(1) On a toutefois, dans l'affaire dont nous allons parler, contesté ces principes; mais la Cour de cassation ne s'est point déterminée par les raisons alléguées pour établir qu'un officier de l'état civil, compétent par rapport à l'une des parties, peut célébrer le mariage hors de sa commune. Loin de reconnaître que cet officier est compétent hors de son territoire, l'arrêt suppose toujours le contraire: seulement il décide que les juges ont, d'après l'article 193, un pouvoir discrétionnaire de maintenir le mariage, quoique l'officier qui l'a célébré fût incompétent; tandis que nous pensions, d'après les anciens principes, et surtout d'après ce qu'a dit M. Portalis, que cette latitude ne leur était laissée que relativement à l'appréciation des caractères de la *publicité*. Aujourd'hui l'absence d'un témoin ne fait rien à la validité du mariage; demain l'absence de deux, et après demain l'absence de trois, ne constituera pas non plus une nullité; car la loi ne la prononce pas plus dans un cas que dans l'autre, du moins dans le système qui menace de prévaloir, les tribunaux peuvent la rejeter comme la prononcer. On pourra aussi se passer d'officier de l'état civil, car il n'y en a pas lorsque celui qui est présent est incompétent, etc., etc.; et, en réalité, il n'y aura point de loi sur cet important objet; tout sera livré à l'arbitraire du juge du fait.

« l'article 191 autorise les époux eux-mêmes à de-
« mander la nullité du mariage, en cas de contraven-
« tion à l'article 165, dans les mêmes termes qu'ils
« sont autorisés par l'article 184 à demander la nul-
« lité de tout mariage contracté en contravention
« aux dispositions contenues aux articles 144, 167,
« 161, 162 et 163 du Code civil, il y a cependant cette
« différence entre ces dernières contraventions,
« qui résultent d'une désobéissance formelle aux
« prohibitions de la loi, et celles qui résultent de
« l'infraction aux préceptes de l'article 165, que,
« quand les premières sont constatées, il ne reste
« plus aux juges qu'à prononcer l'annulation d'une
« union contractée au mépris des défenses absolues
« de la loi; tandis que, lors même que les autres sont
« prouvées, d'après les dispositions de l'article 193
« les tribunaux ont encore à examiner, dans l'inté-
« rêt de la morale publique et de la paix des familles,
« si ces contraventions ont été de nature à priver
« absolument la célébration du mariage de cette
« publicité et de cette authenticité qui en sont les
« conditions nécessaires, et sont dès lors suffisantes
« pour faire prononcer l'annulation du mariage
« clandestin ou incompétemment rédigé;

« Que, dans l'espèce, la Cour royale de Bourges
« ayant reconnu qu'il y avait consentement libre
« des époux, assistance et consentement de leurs
« père et mère respectifs, publicité résultant de la
« régularité des publications, *d'un nombre suffisant*
« *de témoins*, de la célébration en un lieu dont le

« public n'était point exclu, et de la présence d'un « officier public, qui était celui du domicile d'une « des parties (1), *a pu*, dans ces circonstances, « usant du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 193 du Code civil, décider, sans violer aucune « loi, que les contraventions alléguées n'auraient « pas été suffisantes pour entraîner, dans ce cas « déterminé, la nullité du mariage : rejette. »

344. Mais si la Cour de cassation laisse une grande latitude aux tribunaux pour maintenir les mariages, même célébrés par un officier incompétent, et quoique le nombre des témoins fût incomplet, en revanche elle leur laisse aussi un pouvoir fort étendu pour les annuler : car, suivant sa jurisprudence, le ministère public n'a le droit d'agir que dans les cas spécialement prévus à l'article 184, et seulement du vivant des deux époux; tellement qu'il ne peut, lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté sans le consentement des père et mère, interjeter appel d'un jugement qui, contre ses conclusions, comme partie jointe, a déclaré ce mariage nul;

Ni, dans les cas où la loi l'autorise à demander la nullité du mariage, *agir*, en appel, en validité de ce mariage;

Ni enfin, et plus spécialement encore, interjeter appel d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, a déclaré nul un mariage clandestin...., attendu que, dans ces cas, il n'est que *partie jointe.*

---

(1) Mais qui avait célébré le mariage hors de sa commune.

Toutes ces décisions sont puisées dans deux arrêts de cassation, l'un du 1[er] août 1820 (Sirey, 21, 1, 54); l'autre du 5 mars 1824 (*Ibid.*, 22, 1, 177). La Cour n'a point été arrêtée par le danger de la collusion des familles; elle n'a vu que le principe suivant lequel, même en matière d'ordre public, le ministère public ne peut *agir* que dans les cas formellement déterminés par la loi. Or, a-t-on dit, l'article 184 lui donne bien le droit d'attaquer le mariage dans les cas qu'il énonce; mais cet article, ni aucun autre, ne lui donne celui de soutenir, par *action*, en appel, la validité d'un mariage annulé par un tribunal de première instance.

Cette jurisprudence peut être conforme à la lettre de la loi, mais elle en prouve l'imperfection : elle ouvre la porte la plus large à une sorte de divorce par consentement mutuel. C'est un point qui réclame toute la sollicitude du législateur, une lacune qu'il doit s'empresser de combler.

345. Au surplus, faut-il conclure de là que le ministère public n'a pas le droit de former opposition à un mariage dont il devrait demander la nullité, s'il était célébré? Non sans doute : il serait contre toute raison qu'il ne pût prévenir un mal qu'il serait ensuite obligé de faire réparer. Nous pensons qu'il pourrait aussi interjeter appel du jugement qui donnerait main-levée de son opposition. Quoiqu'il ne soit pas rigoureusement dans le cas prévu à l'article 184 (puisqu'il n'agit pas en

nullité d'un mariage contracté), néanmoins il n'est dans aucun de ceux jugés par les deux arrêts précités; et lors même que la jurisprudence de la Cour de cassation finirait par aller jusque là, malgré la juste déférence que nous avons pour ses décisions, nous n'en persisterions pas moins à penser que notre opinion sur ce point est conforme au véritable esprit de la loi. Voir aux nos 201 et 202, *suprà*.

SECTION III.

Des effets du mariage annulé ou mariage putatif.

SOMMAIRE.

346. *Le mariage annulé produit néanmoins les effets civils en faveur des époux de bonne foi, et des enfans issus de ce mariage.*
347. *Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfans.*
348. *Définition du mariage putatif. Il faut qu'il soit contracté de bonne foi : divers exemples.*
349. *Pour cela, il a dû être célébré avec les solennités requises.*
350. *Les époux ou l'époux devaient avoir la juste opinion qu'ils pouvaient licitement contracter mariage.*
351. *Le mariage annulé pour défaut de publicité ou pour incompétence de l'officier qui l'a célébré est généralement privé des effets civils.*
352. *Dans le cas du mariage annulé pour défaut de consentement des parens, l'époux ne peut argumenter de sa minorité pour réclamer les avantages portés au contrat.*
353. *Les enfans issus du mariage putatif sont considérés comme légitimes.*
354. *Ce mariage ne légitime pas les enfans adultérins, quoique les père et mère ne crussent pas, lors de la conception desdits enfans, commettre un adultère.*

355. *Un mariage, même valable, ne légitimerait pas l'enfant adultérin, encore que l'un des époux ne sût pas, à l'époque de la conception, qu'il commettait un adultère.*

356. *Le mariage putatif légitimerait-il un enfant naturel simple? Diccussion approfondie.*

357. *L'enfant conçu à une époque où ses père et mère ne pouvaient s'unir ne serait point légitimé par leur mariage, même valable, bien que l'empêchement eût cessé à l'époque de la naissance.*

358. *Lorsque les époux, ou l'un d'eux, acquièrent la connaissance du vice qui infecte leur mariage, ils doivent se séparer.*

359. *Cela ne s'applique point à la nullité résultant du défaut d'âge compétent, qui se couvre par le seul laps de temps.*

360. *Les époux, dont le mariage est susceptible d'être annulé pour défaut de publicité ou incompétence de l'officier de l'état civil, peuvent aussi licitement rester unis tant qu'un jugement passé en force de chose jugée ne les condamne point à se séparer.*

361. *La femme qui a épousé de bonne foi un mort civilement, et qui découvre son erreur, n'est point non plus obligée de s'en séparer, surtout si elle peut craindre par là de le compromettre.*

362. *S'il s'agit du vice d'inceste ou de bigamie clairement prouvé aux époux ou à l'époux de bonne foi, ils doivent se séparer aussitôt; et si l'un d'eux refuse d'y consentir, l'autre doit demander la nullité, du moins s'il peut le faire sans compromettre son conjoint.*

363. *Quel sera l'état des enfans conçus depuis que les époux ou l'époux qui ne se sont point séparés, ont connu le vice de leur union? Discussion.*

364. *Les enfans issus du mariage putatif ont les droits de successibilité, même à l'égard de l'époux de mauvaise foi, sans que celui-ci leur succède de son côté.*

365. *Ils ont aussi les droits de successibilité à l'égard des parens de cet époux.*

366. *Ces droits sont réciproques.*

367. *Lorsque les deux époux sont de bonne foi, ils conservent réciproquement les avantages qu'ils se sont faits, pour*

346. Si la loi frappe de nullité les effets des mariages contractés au mépris de ses dispositions, elle prend néanmoins en considération la bonne foi des personnes qui les ont contractés dans l'ignorance où elles étaient des causes qui s'opposaient à leur célébration, et elle étend également sa faveur aux enfans issus de ces mariages. L'équité, dont elle n'est que l'interprète, le voulait ainsi. C'est d'après ce principe, emprunté à l'ancienne jurisprudence, que l'article 201 déclare que « le « mariage annulé produit les effets civils, tant à « l'égard des époux qu'à l'égard des enfans, s'il a « été contracté de bonne foi. »

347. L'article 202 ajoute que, « si la bonne foi « n'existe que de la part de l'un des deux époux, le

« mariage ne produit les effets civils qu'en faveur « de cet époux et des enfans issus de ce mariage. »

Il était moralement et légalement impossible de diviser, quant aux enfans, les effets civils du mariage : ces enfans ne pouvaient être tout à la fois légitimes par rapport à l'époux de bonne foi, et illégitimes par rapport à l'époux de mauvaise foi. La légitimité, indivisible par sa nature, doit l'être dans ses effets; et si cette règle reçoit exception dans quelques cas extraordinaires, ce n'est que par la force du principe que la chose jugée ne fait loi qu'entre les parties (1). Plus tard nous déduirons les conséquences de l'indivisibilité de qualité dans les enfans.

348. Suivant les docteurs, le mariage que les époux, ou l'un d'eux, ont cru légitime en le contractant, s'appelle *matrimonium putativum*, c'est-à-dire un mariage contracté de bonne foi, suivant les formalités ordinaires, mais que la loi repoussait pour une cause inconnue des parties, ou du moins de l'une d'elles.

Ainsi, pour qu'un mariage annulé produise les effets civils, il faut la bonne foi, l'observation des

---

(1) Voyez-en un exemple dans le cas jugé par la Cour d'Angers, le 11 avril 1821. Sirey, 1822, 2, 177. Par l'effet de la contrariété de jugemens passés en force de chose jugée, et rendus entre des parties différentes, un enfant s'est trouvé enfant illégitime par rapport aux héritiers du mari de sa mère, quoiqu'il fût né dans le mariage, et légitime par rapport aux héritiers de celle-ci. La jurisprudence nous offre quelques autres exemples semblables, ou du moins analogues.

formalités, et que l'erreur ait été probable; ce qui la fait excuser.

Mais ces trois conditions n'en forment réellement qu'une, la bonne foi; les deux dernières ne sont elles-mêmes, en général, que les élémens constitutifs de la première, qui, sans elles, ne saurait guère exister, du moins aux yeux de la loi. Elles vont être, au surplus, successivement développées.

Quant à la première, elle dépend de circonstances tout à la fois personnelles aux deux époux, ou à celui qui allègue la bonne foi : par exemple, si une personne épouse un mort civilement, ignorant sa condition, ou se marie à un individu déjà engagé dans les liens d'un premier mariage.

Dans ces deux cas, si les deux contractans étaient morts civilement, ou mariés, il est évident que, lors même qu'ils auraient respectivement ignoré la condition du conjoint, ils ne pourraient être ni l'un ni l'autre de bonne foi, et, par conséquent, que les articles 201 et 202 seraient inapplicables.

Mais si deux individus, parens ou alliés au degré prohibé par la loi pour pouvoir contracter mariage entre eux, l'avaient cependant contracté par l'effet d'un concours de circonstances dont on trouve heureusement plus d'exemples au théâtre que dans la société, ce mariage produirait tous les effets civils en faveur des époux de bonne foi ou de celui des deux qui serait de bonne foi, ainsi qu'en faveur des enfans qui en seraient issus.

349. La solennité de la célébration du mariage est, disons-nous, un des élémens de la bonne foi, parce que généralement on n'est de bonne foi qu'autant que l'on a fait publiquement ce que la loi prescrivait de faire avec publicité. Cependant il ne serait pas impossible que l'omission de telle formalité, prescrite pour donner au mariage toute la publicité qu'elle désire, ne fût pas jugée exclusive de la bonne foi, au moins dans l'un des époux; d'autant mieux que celui qui a voulu le tromper a bien pu faire entrer cette omission au nombre de ses moyens de succès : ce serait un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui jugent la bonne foi plutôt en *fait* qu'en *droit*, parce qu'en réalité elle consiste généralement en fait. Si l'absence de cette formalité était assez grave pour qu'elle caractérisât, quoique imparfaitement, la clandestinité, les tribunaux pourraient y voir aussi l'absence de la bonne foi, même dans l'époux qui se prétend trompé, encore que cette omission n'eût pas été suffisante pour faire par elle-même annuler le mariage. Le défaut absolu des publications serait de cette nature, surtout si l'époux qui allègue sa bonne foi était majeur; car il ne pourrait rejeter sur personne l'omission de cette formalité, que la loi lui prescrivait, précisément afin qu'il évitât de tomber dans l'erreur sur l'état et la condition du conjoint. Mais l'omission de l'une des publications, ou l'inobservation des délais prescrits, ou l'incapacité ignorée de l'un des témoins, ou même la célébration hors

de la maison commune, quand d'ailleurs les publications auraient été faites, pourraient ne pas être considérées, isolément, comme exclusives de la bonne foi, surtout dans un mineur.

350. La juste opinion qu'avaient les époux, ou l'un d'eux, de pouvoir licitement contracter mariage, rend excusable l'erreur dans laquelle ils sont tombés touchant les causes qui s'y opposaient. Mais, pour que l'erreur soit probable, il faut, comme il vient d'être dit, qu'ils aient pris les précautions commandées par la loi pour être instruits de ces empêchemens : d'où il suit que si le mariage avait été contracté sans publications, et que l'on découvrît ensuite que l'un des époux est mort civilement, ou qu'il était engagé dans les liens d'un premier mariage, l'autre ne pourrait que très difficilement alléguer sa bonne foi, s'il n'était point mineur, s'il ne pouvait, à ce titre, rejeter sur ses parens l'omission des publications, ou s'il n'y avait d'autres circonstances dont les tribunaux apprécieraient la nature et la gravité; car, en général, ils ne déclareraient point excusable l'erreur dans laquelle on ne serait tombé que pour n'avoir pas pris toutes les mesures que la loi prescrivait afin de l'éviter; ils n'y verraient pas ce que les jurisconsultes nomment *justa opinio*, *seu probabilis error.*

351. D'après cela, si un mariage est annulé pour défaut de publicité ou pour cause d'incompétence

de l'officier de l'état civil, il sera généralement privé des effets civils à l'égard de l'un et de l'autre époux, et par conséquent à l'égard des enfans : l'erreur étant ici *de droit*, elle n'est point excusée, parce que tous sont censés connaître la loi, et tous sont obligés de s'y conformer.

Il ne serait cependant pas impossible que le vice d'incompétence de l'officier de l'état civil ne fût le résultat que d'une erreur de fait, au moins dans l'une des parties; mais dans ce cas il sera bien rare que le mariage soit annulé : s'il l'était, on devrait tenir compte à l'époux de l'erreur dans laquelle il a été entraîné à cet égard.

352. Si un mineur a contracté mariage sans le consentement de ses parens, et que ceux-ci ou lui-même en demandent et obtiennent l'annulation, cet époux ne pourra réclamer les avantages qui lui ont été faits par son contrat de mariage; les choses devront être remises au même état qu'auparavant : c'est là une restitution *in integrum*. D'ailleurs toute donation faite en faveur de mariage devient caduque si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088) : or, le mariage annulé sur la demande de l'époux ou même de ses parens, pour défaut de consentement de la part de ceux-ci, doit être considéré comme n'ayant pas eu lieu. La faute commise par cet époux ne doit pas tourner à son profit.

353. Les effets du mariage putatif sont relatifs à l'état des enfans, au droit qu'ils ont de succéder

à leurs père et mère et aux parens de ceux-ci, *et vice versâ;* aux conventions matrimoniales; à la répétition de la dot et à la communauté : c'est ce qui sera successivement expliqué.

Le plus puissant effet du mariage putatif est de faire considérer les enfans qui en sont issus comme enfans légitimes, malgré le vice réel de leur naissance, et, en conséquence, de leur attribuer tous les droits accordés par les lois aux enfans légitimes proprement dits.

354. Un des effets du mariage avoué par la loi est la légitimation des enfans que les époux ont eus l'un de l'autre avant la célébration, lorsque ces enfans ne sont ni incestueux ni adultérins, et qu'ils ont été légalement reconnus, soit avant le mariage, soit dans l'acte même de célébration (art. 331). Mais suivant l'opinion commune, confirmée par la jurisprudence, le mariage putatif ne légitime point les enfans que les époux ont eus ensemble lorsqu'il y avait entre eux un empêchement de mariage au moment de la conception desdits enfans, par exemple, parce que l'un des époux était alors marié à une autre personne. Ainsi, les effets du mariage annulé ne s'étendront qu'aux enfans *issus de ce mariage;* la faveur de la loi n'embrasse point ceux qui, nés du concubinage, ne sont réellement que des enfans adultérins. En vain le conjoint alléguerait-il que, lorsqu'il s'est marié, il ignorait la cause qui rendait son mariage il-

licite; cette ignorance peut bien faire produire à son union tous les effets civils, tant en sa faveur qu'en faveur des enfans qui en sont issus; mais elle n'empêche pas que les enfans nés auparavant ne fussent adultérins : or, les enfans adultérins ne pouvant être légitimés, même par un mariage valable (art. 331), ils ne peuvent, à plus forte raison, l'être par un mariage annulé. Cela s'applique même au cas où, à l'époque de la conception de ces enfans, leurs père et mère ne croyaient pas commettre un adultère; car, de ce qu'ils ont cru faire un moindre mal en vivant dans un simple concubinage, les enfans n'en sont pas moins adultérins.

« Cependant, dit Pothier, n° 416 de son traité « *du Mariage*, c'est une question qui a été grandement agitée entre les docteurs (1), si la règle ne « doit pas recevoir exception dans le cas auquel « l'une des parties aurait ignoré que l'autre était « mariée lors du commerce charnel qu'elles ont eu « ensemble? Ceux qui admettent cette exception, « tirent leur principal argument du chapitre *Ex* « *tenore ext. qui filii sint legit.* Suivant cette décré- « tale, lorsqu'une partie contracte de bonne foi un « mariage nul, comme lorsqu'une femme épouse « un homme qu'elle ignore être marié à une autre « femme, la bonne foi de cette partie, et l'igno- « rance où elle est du vice qui rend son mariage

(1) *Voyez* au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *Légitimation*, ceux qui ont soutenu l'une ou l'autre thèse.

« nul, fait donner à ce mariage, quoique nul, les « effets d'un mariage légitime, et par conséquent « le titre et les droits d'enfans légitimes aux enfans « qui en sont nés : donc, par la même raison, di- « sent ces docteurs, lorsqu'une femme a habitude « charnelle avec un homme qu'elle ignore être ma- « rié, et avec qui elle croit ne commettre qu'une « fornication, et non un adultère, *aut vice versâ*, « l'ignorance en laquelle est cette femme, que « l'homme avec qui elle avait ce commerce était « marié et que leur commerce était adultérin, doit « empêcher qu'il ne soit regardé comme adultérin, « et il doit passer pour une simple fornication, dont « le vice peut être purgé par un mariage légitime « qu'ils contractent par la suite ensemble, etc. »

Mais Pothier réfute ces raisonnemens, en disant que le concubinage est exclusif de la bonne foi, qui, aux yeux de la loi, suffit pour faire produire au mariage putatif tous ses effets civils en faveur de l'époux de bonne foi et des enfans issus de ce mariage. Cette femme, par son commerce *dabat operam rei illicitæ;* son erreur alors n'était donc pas *inculpabilis*, et par conséquent le vice d'adultère qui infectait l'enfant n'a point été purgé par le mariage.

La question a été jugée en ce sens, dans l'affaire du soldat Maillard, le 15 mars 1674. Le sieur Thibault de La Boissière avait eu des enfans de Marie Delatour, femme de Maillard, que l'on croyait mort. Depuis, il avait épousé Marie Delato[illegible] sur

la foi d'un certificat de décès délivré par un capitaine. Maillard se représenta après quarante années d'absence; et le mariage du sieur de La Boissière ayant été déclaré nul, les enfans qu'il avait eus auparavant furent déclarés illégitimes, parce qu'un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'avait pu légitimer des enfans réellement adultérins (1).

Mais les enfans nés du mariage ont été reconnus légitimes, à cause de la bonne foi des époux.

355. On a même été plus loin dans la cause de la fille de Tiberio Fiorelli, connu en France sous le nom de *Scaramouche* : on a appliqué le principe même au cas où le mariage était valablement contracté. Ce Fiorelli avait eu une fille d'une nommée Marie Duval, qui ignorait alors, comme tout le monde, qu'il fût marié, et qui épousa Fiorelli après la mort de sa femme. Le mariage de Marie Duval était donc très valable. La fille de celle-ci prétendit avoir été légitimée par ce mariage; mais sa prétention fut rejetée, par arrêt du 4 juin 1697, rendu sur les conclusions conformes de M. d'Aguesseau (2), sur le fondement que le concubi-

(1) *Voyez* Pothier, *du Mariage*, nos 419 et 441. On s'est, il est vrai, fondé sur ce que le concubinage étant toujours illicite, il était exclusif de cette bonne foi qui donne au mariage les effets civils; mais cette raison n'était pas, selon nous, la véritable : dans l'espèce, c'était le vice d'adultère dont étaient frappés les enfans; et il est à croire que cette circonstance a grandement influé sur la décision.

(2) *Voyez* le 47e plaidoyer.

nage étant toujours illicite, il ne pouvait produire l'exception de bonne foi, qui seule donne au mariage les effets civils.

356. Il ne peut y avoir de difficulté sur ces deux cas; mais le suivant en présente une très grave.

Ainsi, supposons qu'à l'époque de la conception de l'enfant, les père et mère eussent pu s'unir, mais que, lorsqu'ils se sont mariés, il existait un empêchement : ce mariage putatif légitimera-t-il l'enfant? Par exemple, un individu vit en mauvais commerce avec une femme, et il en a un enfant; il va se marier au loin avec une autre femme, et, son mariage subsistant encore, il revient, et épouse sa concubine, qui ignore l'existence de ce mariage; on peut même aussi supposer que, depuis son retour, et avant d'épouser cette femme, il en a eu encore un enfant. Incontestablement, ce dernier étant adultérin, il n'a pu être légitimé; mais quant au premier, la question est susceptible de plus de difficulté.

D'abord, il ne faudrait pas, pour la décider négativement, invoquer les deux arrêts précités; car ils ont été rendus l'un et l'autre dans des espèces où l'enfant était adultérin; et l'on conçoit très bien que la bonne foi de l'époux, quant au mariage, n'ait pu purger le vice d'adultère dont était frappé l'enfant. Mais ici l'enfant n'est point adultérin, il est naturel simple, et la bonne foi de l'époux, quant au mariage, est également constante. Or, ne peut-

on pas dire que si elle a pour effet de rendre légitimes les enfans nés du mariage, lors même que, de fait, ils sont adultérins, elle doit également légitimer l'enfant né antérieurement, puisque la légitimation est un effet du mariage? Ne peut-on pas prétendre que la fiction de la loi, quant au mariage putatif, doit produire le même effet que celui que produit un mariage valable, d'après la règle *Fictio idem operatur in casu ficto, quam veritas in casu vero?* car si, par un motif d'indulgence pour les époux qui ont vécu en concubinage, ou plutôt par une faveur spéciale pour les enfans qui sont nés de ce commerce, la loi ferme les yeux sur la faute des père et mère, et permet de légitimer ces enfans par le mariage, pourquoi, lorsque le motif de cette faveur est absolument le même, et que la faute des père et mère n'est pas plus grave, le mariage contracté de bonne foi, au moins par l'un d'eux, ne produirait-il pas le même résultat? Il n'y a pas dans ces enfans d'incapacité qui les empêche de recevoir le bienfait de la légitimation, tandis que les enfans réellement adultérins, mais nés d'un mariage putatif, sont cependant légitimés à cause de la bonne foi de l'un des époux : or, cette bonne foi existe dans l'espèce, et, de plus, l'enfant est naturel simple. Si, au témoignage de Pothier et de M. Merlin, des docteurs graves pensaient que le mariage putatif légitimait même les enfans adultérins; à combien plus forte raison ces docteurs auraient-ils prétendu qu'il devait légitimer un en-

fant naturel simple, tel qu'est celui qui est l'objet de la question.

Cependant Pothier décide le contraire, et voici comment il s'exprime sur ce point, au n° 419 de son *Traité* :

« Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils « soient nuls, la loi donne les effets civils, en con- « sidération de la bonne foi des parties ou de l'une « d'elles, qui ont ignoré l'empêchement qui le ren- « dait nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet « de légitimer les enfans nés du commerce qu'ont « eu les parties avant ce mariage putatif, et dans « un cas où ils étaient capables de contracter ma- « riage ensemble ? Non : si on donne à ce mariage « putatif les effets civils, à l'effet que les enfans « qui en sont nés aient le titre et les droits d'en- « fans légitimes, c'est qu'ils sont nés d'un commerce « innocent, au moins de la part de l'une des par- « ties ; mais ceux qui sont nés du commerce qu'ils « ont eu avant le mariage putatif, étant nés d'un « commerce criminel (1) de la part des deux par- « ties, ne méritent pas qu'on s'écarte des règles en « leur faveur. Le vice dont ils sont nés ne peut être « purgé, et ils ne peuvent être légitimés que par la « force et l'efficace d'un véritable mariage, qui se-

(1) Raison bien faible, selon nous, puisque la loi sur la légitimation a précisément pour objet de couvrir cette faute (qui n'est au surplus pas celle des enfans) d'un voile d'indulgence, dans l'intérêt de ces mêmes enfans.

« rait intervenu entre leurs père et mère : un ma-
« riage putatif ne peut avoir cet effet. »

Et pourquoi ne l'aurait-il pas, puisqu'il a pour résultat de rendre légitimes les enfans qui en proviennent, et qui, de fait, sont adultérins? Si la faute des père et mère, en cette matière, doit rejaillir sur les enfans; si c'est là une des nécessités de l'ordre social, pourquoi, dans les cas ordinaires, le concubinage n'est-il pas traité avec la même sévérité? Moralement parlant, la faute d'une femme qui a eu un enfant naturel, et qui ensuite a contracté valablement mariage avec le père de cet enfant, est absolument la même que la faute de celle qui, dans le même cas, et voulant par son mariage purger le vice de la naissance de son enfant, a le malheur d'être trompée par celui qui l'avait séduite : la loi doit, sous peine d'inconséquence, lui tenir compte aussi de sa bonne intention, puisque son enfant est également habile à recevoir le bienfait de la légitimation. D'ailleurs, s'il ne s'agissait que de l'intérêt de cette femme, on concevrait, à la rigueur, qu'on pût lui dire : La loi n'a attaché l'effet de la légitimation qu'à un mariage valable; c'est une faveur, et elle a pu ne l'accorder que sous certaines restrictions; elle a pu et dû exiger, comme condition nécessaire, un mariage subséquent avoué par elle : mais il s'agit principalement de l'intérêt de l'enfant, auquel on ne peut pas plus faire un crime de la faute de sa mère, non valablement mariée, quand elle a cru

l'être, quand elle a voulu réparer sa faute en lui donnant un état, qu'on ne peut en faire un à la mère d'un enfant naturel qui a eu le bonheur de n'être point trompée en épousant celui qui l'avait séduite.

Pothier se fonde sur ce passage du cardinal de Palerme : *Quia contrahens matrimonium dat operam rei licitæ : ideò ignorantia excusatur; sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicitæ ideò ignorantia sua non est probabilis, nec debet indè consequi præmium, et danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam.*

Et Barthole, sur la loi 38, § 1, ff. *ad Legem Juliam de adult.*, dit aussi : *Quandòcunque coitus fit sine colore matrimonii, tàm indistinctè punitur, secundùm illud quod est in veritate, non secundùm id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitæ.*

Ainsi Barthole, plus expressément encore que le cardinal de Palerme, veut que ce soit l'époux qui souffre une punition de ce que l'enfant ne sera pas légitimé, tandis qu'en réalité c'est sur l'enfant que tombera la peine.

En second lieu, le motif de l'exclusion de la légitimation, *quia dabant ab initio operam rei illicitæ*, s'appliquant aussi bien aux cas ordinaires qu'à celui qui est maintenant en question, ne prouve rien, parce qu'il prouverait trop; et Pothier semble confirmer lui-même cette observation, au n° 441, où il traite du cas où une femme a eu un enfant d'un

prêtre dont elle ignorait la condition, et qu'elle a épousé dans la même ignorance : il dit que les enfans du mariage seront légitimes, mais non celui qui est né du concubinage, « car il est né d'un « commerce criminel de la part des deux parties : « la femme savait bien qu'elle commettait une for- « nication. *Il est vrai que le vice d'une fornication « peut se purger par un mariage que l'homme et la « femme qui l'ont commise contractent depuis en- « semble;* mais, dans l'espèce présente, n'ayant pu « intervenir de mariage légitime entre les parties, « *le prêtre étant incapable d'en contracter,* le vice « du commerce dont l'enfant est né n'a pu être « purgé. » Et ici Pothier donne l'exemple du mariage contracté par M. de La Boissière avec la femme du fameux Jean Maillard.

Il y a une raison plus concluante que celle donnée par Pothier : c'est que, suivant les lois canoniques, l'enfant de ce prêtre était adultérin; dès lors il était inhabile à recevoir le bienfait de la légitimation. Mais si, comme le dit ce savant jurisconsulte, le vice du concubinage peut se purger par le mariage, et si le mariage putatif produit les effets civils en faveur de l'époux de bonne foi et des enfans, la légitimation, qui est un effet civil du mariage, et un des plus importans, ne doit réellement souffrir aucune difficulté toutes les fois que les enfans seront habiles à en recevoir le bienfait.

Enfin si, comme le dit aussi Pothier, n° 410,

« la couleur que le Droit canonique donne à la lé-
« gitimation est qu'il suppose que, lorsque les
« père et mère des enfans ont eu commerce en-
« semble, ils avaient dès lors l'intention de con-
« tracter mariage; que c'est la violence de la pas-
« sion qu'ils avaient l'un pour l'autre qui les a fait
« succomber à la tentation d'en prévenir le temps;
« que ce commerce est une espèce d'anticipation
« du mariage qu'ils se proposent alors de contrac-
« ter, et qu'ils ont depuis effectivement contracté; »
tout cela pouvant se dire également de la femme qui ayant eu un enfant d'un commerce illicite, a ensuite voulu le légitimer par son mariage, et a eu le malheur d'être trompée en épousant un homme déjà marié, il semble raisonnable que le mariage putatif de cette femme produise, quant à la légitimation de l'enfant, le même effet que celui que produirait un mariage valable; car ce n'est point la faute de cette femme si celui qu'elle a contracté est nul : aussi peut-elle en invoquer les effets, malgré sa faute antérieure, tandis que l'enfant, tout-à-fait innocent, resterait illégitime; ce qui ne nous paraît fondé que sur une subtilité et une contrariété de principes et de motifs.

M. Delvincourt, tome Ier, page 323, professe aussi l'opinion que nous défendons; il dit : « Pour-
« quoi avons-nous décidé que le mariage putatif
« légitimait lorsque la cause de nullité n'existait
« pas à l'époque de la conception des enfans? C'est
« que, dans ce cas, l'ignorance de la nullité a eu

« lieu à l'époque du mariage, c'est-à-dire, à une « époque où les époux *dabant operam rei licitæ :* « or, nous avons démontré qu'en pareil cas l'igno-« rance est innocente, et conséquemment excu-« sable..... »

Ainsi M. Delvincourt rapporte ces mots, *dabant operam rei licitæ*, à l'époque du mariage, sans faire attention à la faute attachée au concubinage; tandis que Pothier, d'après le cardinal de Palerme et Barthole, n'envisage que l'époque de la conception de l'enfant, ou, en d'autres termes, le concubinage, et dit, d'après cela, que l'époux *dabat operam rei illicitæ.* Mais cela est indifférent; toujours est-il que la femme a entendu réparer sa faute; qu'elle a cru contracter un mariage valable; qu'elle en doit retirer tous les effets civils, et qu'il y aurait inconséquence à dénier à l'enfant innocent le bénéfice de la légitimation, puisque ce mariage n'a été contracté que pour le lui procurer.

M. Merlin, qui est d'une opinion contraire à la nôtre, après avoir cité un grand nombre d'auteurs pour et contre, et qui n'agitaient même la question qu'à l'égard d'un enfant adultérin, repousse la légitimation, en invoquant à l'appui de sa décision un arrêt du Parlement de Bordeaux, du 14 février 1617. Mais cet arrêt a été rendu dans une espèce où l'enfant était adultérin : il était né d'une femme qui, croyant son mari mort, avait vécu en concubinage avec un individu qu'elle avait ensuite épousé. C'était absolument le même cas que celui

de la femme du soldat Maillard; par conséquent l'arrêt n'est pas d'un grand poids dans l'espèce que nous discutons maintenant, car nous convenons volontiers que la légitimation n'a point lieu au profit d'un enfant de cette qualité; et, disons-le, c'est très probablement par suite de cette confusion entre les deux cas, qui cependant devaient être très soigneusement distingués, que les partisans de l'opinion contraire ont fini par la faire prévaloir, sinon dans la jurisprudence (car nous ne savons pas que le cas dont il s'agit maintenant ait été jugé), du moins dans la doctrine.

Mais, dit-on, les articles 201 et 202, en faisant produire au mariage annulé, contracté de bonne foi, les effets civils, attribuent ces effets *aux enfans issus du mariage ;* d'où l'on doit conclure que les enfans nés antérieurement ne peuvent les invoquer.

On peut d'abord répondre que le premier de ces articles ne fait pas cette restriction : il dit simplement que le mariage déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des *enfans*, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Ainsi les enfans capables d'être légitimés ne sont point privés, par cet article, des effets civils du mariage, et par conséquent du bénéfice de la légitimation, qui est incontestablement un de ces effets, et un des plus importans.

Le second article dit, il est vrai, *et des enfans issus du mariage*; mais n'est-il pas naturel de croire que le législateur a eu en vue le cas le plus fré-

quent, celui où il y a seulement des enfans du mariage? que la disposition n'est point conçue dans un sens restrictif, mais simplement énonciatif? qu'elle se lie d'ailleurs avec la précédente, qu'elle est dans le même sens, c'est-à-dire, s'appliquant aux enfans nés antérieurement au mariage, mais habiles à recevoir le bienfait de la légitimation, comme à ceux nés du mariage lui-même? Nous le croyons d'autant mieux, que l'esprit du Code étant infiniment plus favorable aux enfans naturels que ne l'était l'ancienne jurisprudence, il est improbable que l'on ait entendu les priver de la légitimation par des motifs aussi peu concluans que ceux rappelés ci-dessus, et qui, nous le répétons, s'appliqueraient tout aussi bien aux enfans naturels dont les père et mère contractent un mariage valable, attendu que, dans ce cas aussi, ces derniers *dabant operam rei illicitæ* en vivant en concubinage (1).

357. Au surplus, nous pensons, avec Pothier, (nº 417) que si, à l'époque à où remonterait la conception, les père et mère de l'enfant ne pouvaient contracter mariage, cet enfant ne serait point légitimé par le mariage subséquent, lors

---

(1) Au reste, nous ne tirerons point argument d'un arrêt de la Cour de Bourges, confirmé par un arrêt de rejet, sur le seul motif qu'il n'avait pu violer aucune loi en déclarant légitimé par le mariage d'un prêtre, contracté d'après la loi de l'an II, l'enfant que ce prêtre avait eu en 1778. Suivant les lois de l'Église, qui réagissaient les actions de ce prêtre, son enfant était *adultérin*, et par conséquent

même que l'empêchement aurait cessé à l'époque de la naissance. A cet égard, il n'y a aucune différence entre le mariage valable et le mariage putatif, ni entre le cas où les père et mère, ou l'un d'eux, étaient ou non de bonne foi au moment de la conception ; car l'enfant est le fruit de l'adultère dans toutes les hypothèses. Pothier démontre très bien, en effet, qu'il n'y a aucun argument solide à tirer de ce qui est dit au titre *de Ingenuis*, aux Institutes de Justinien, que, pour qu'un enfant soit ingénu, il suffit que sa mère ait été libre au moment de la naissance de cet enfant, quoiqu'elle fût esclave au temps de sa conception. Mais dans notre opinion, qui s'écarte en ce point de celle de Pothier, le mariage putatif légitimerait l'enfant, s'il s'était écoulé, depuis la cessation de l'empêchement jusqu'à la naissance, un temps suffisant pour qu'on pût légalement supposer que l'enfant a été conçu depuis que les père et mère ont pu contracter mariage, par conséquent cent quatre-vingts jours. (Argum. des art. 312 et 314.)

358. Lorsque, postérieurement au mariage, les époux, ou l'un d'eux, acquièrent la connaissance certaine du vice qui l'infecte, ils doivent se sépa-

---

il ne pouvait être légitimé. L'arrêt de la Cour de cassation a cependant été rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, dont on a vu plus haut la doctrine toute contraire. (Du 22 janvier 1812. Sirey, 1812, 1, 161.) Nous reviendrons, au surplus, sur cette question, au titre de la *Paternité et de la Filiation*, en traitant de la légitimation *ex professo*.

rer à l'instant. Mais il est besoin, à ce sujet, de quelques explications.

359. S'il s'agissait d'un vice qui, bien que produisant une nullité d'ordre public, peut néanmoins se couvrir par le temps, tel que celui résultant du défaut d'âge compétent, les époux ne seraient ni moralement ni légalement obligés de se séparer et de demander la nullité.

360. Nous en disons autant du cas où la cause de nullité serait fondée sur le défaut de publicité ou sur l'incompétence de l'officier de l'état civil : ils pourraient licitement rester unis tant qu'un jugement passé en force de chose jugée ne les condamnerait point à se séparer. Quoique ce vice porte atteinte à l'ordre public, néanmoins il ne blesse pas la morale comme celui d'inceste ou de bigamie. D'ailleurs le mariage, dans ce cas, pouvant être protégé par des fins de non-recevoir, et la jurisprudence le protégeant elle-même avec beaucoup de force, les époux peuvent concevoir l'espérance que la nullité n'en sera jamais prononcée.

En conséquence, dans tous ces cas du moins, les enfans qui naîtraient, même depuis la découverte du vice, seraient de la même condition que ceux nés auparavant.

361. Nous avons dit au n° 135, *suprà*, que la femme qui aurait épousé de bonne foi un mort civilement, et qui découvrirait ensuite son erreur, ne serait point non plus obligée de s'en séparer,

surtout si elle pouvait craindre par là de le compromettre (1). Elle jouirait, ainsi que ses enfans, même ceux nés depuis la découverte de l'erreur, de tous les effets civils du mariage, conformément à l'article 202, dont la disposition est générale; mais, ainsi que nous l'avons expliqué au tome Ier, n° 258, les enfans ne succéderaient pas à leur père, attendu qu'il ne peut avoir d'héritiers (art. 33). Ils succéderaient toutefois à ses parens. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

362. Mais s'il s'agit du vice d'inceste ou de bigamie, que la preuve en soit clairement produite aux époux, ou à l'époux de bonne foi, par des parens ou des amis, ou de toute autre manière, ils doivent se séparer aussitôt, et si l'un d'eux refuse d'y consentir, l'autre doit demander la nullité du mariage (2), du moins s'il peut le faire sans compromettre son conjoint. Le bon ordre le veut ainsi.

Néanmoins la bonne foi des époux ou de l'époux serait censée avoir continué jusqu'à preuve du contraire.

363. Ici se place une question controversée, que nous avons soulevée précédemment, n° 135, celle de savoir si, dans le cas où les époux ne se sépareraient pas, les enfans qui naîtraient postérieurement à la découverte du vice qui infecte le mariage

(1) Bien mieux, anciennement la mort civile ne dissolvait point le mariage.

(2) Le Prêtre, cent. 1, chap. 1, n° 16.

de leurs père et mére, jouiraient des effets civils du mariage, comme ceux nés antérieurement à la découverte du vice? En d'autres termes, considère-t-on la bonne foi à toutes les époques du mariage putatif, ou seulement au commencement?

M. Toullier s'exprime ainsi sur cette question (1): « Les époux ne peuvent rester unis avec bonne foi, « à moins qu'ils n'aient des motifs plausibles de « croire que l'empêchement dont on les avertit « n'existe pas.

« Il serait donc possible que dans le nombre des « enfans nés d'une même union il y en eût qui re-« cueillissent tous les avantages que donne la bonne « foi des père et mère, tandis que les autres en se-« raient privés.

« M. Prudhon, tome II, pages 5 et 6, continue « M. Toullier, dans une note, pense que la bonne « foi n'est nécessaire qu'au moment du contrat, et « que les effets civils du mariage putatif ne cessent « qu'après que le mariage a été déclaré nul, et que « les époux ont été condamnés à se séparer.

« C'est aller trop loin. Si les époux ont des mo-« tifs plausibles de croire leur mariage valide, ils « peuvent sans doute rester unis jusqu'au jugement « qui leur ordonne de se séparer. Mais, par exem-« ple, si l'on avait remis à l'époux de bonne foi un « acte en forme qui prouve la célébration d'un « premier mariage *encore existant* entre l'autre

(1) Tom. I, pag. 544, 3e édition.

« époux et une autre personne; si l'on découvrait « que les époux sont frères et sœurs, et qu'on leur « en remît la preuve, et que, malgré cette connais- « sance acquise, ils s'obstinassent à rester unis, il « serait difficile de soutenir que les effets de la « bonne foi, qui ne peut plus exister, continuassent « néanmoins d'exister. »

Comme on le voit, M. Toullier n'oblige les époux à se séparer, dans le cas de bigamie, qu'autant que le premier mariage *est encore existant;* d'où il suit, dans son système, que s'il est dissous, que les époux ne se soient pas séparés, et qu'ils aient eu depuis des enfans, il y en aura, ou du moins il pourra y en avoir trois classes : ceux nés antérieurement à la découverte de l'empêchement, et qui seront légitimes; ceux nés depuis, mais avant la dissolution du premier mariage, lesquels seront adultérins; et enfin ceux nés depuis cette dernière époque. Dans quelle classe M. Toullier rangera-t-il ceux-ci, s'il n'envisage la bonne foi qu'aux époques successives de la conception des enfans? car la dissolution du premier mariage n'a pas restitué à l'époux cette bonne foi qu'il avait perdue : le vice de bigamie ne se purge point; la nullité qui en résulte est perpétuelle : l'époux le savait ou devait le savoir; c'était à lui à faire réhabiliter son mariage... Ainsi il faudrait, dans le système de M. Toullier, déclarer illégitimes les enfans de cette troisième classe. Mais alors, pourquoi n'exiger des époux qu'ils se séparent lorsqu'ils ont acquis la connais-

sance du premier mariage, qu'autant que ce mariage existe encore? Il n'y a point d'harmonie entre la prémisse et la conséquence. D'ailleurs, comment concilier ce système de M. Toullier avec ce qu'il dit, notamment à la page 410, que le retour de l'absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union ne rend ni aux parties intéressées (par conséquent ni au conjoint, ni au nouvel époux), ni même au ministère public, le droit d'attaquer ce mariage? Que fera la femme de cet absent, qui, suivant M. Toullier, n'a pas le droit de demander la nullité du second mariage, et qui cependant est obligée d'habiter avec son nouvel époux (qui l'exige, on le suppose), tant que ce mariage ne sera pas dissous? Elle n'aura donc aucun moyen d'éviter de donner le jour à des enfans adultérins? Assurément nous pensons bien que le *retour* de l'absent donne à son conjoint, au nouvel époux et au ministère public, le droit d'attaquer le second mariage; nous l'avons déjà dit plus d'une fois. Mais, dans le système de M. Toullier, les enfans nés depuis le retour de l'absent seraient illégitimes, sans que cependant leur mère eût un moyen légal de se séparer de son nouvel époux; ce qui est inadmissible.

Quant à la question elle-même, si le texte de la loi suffit pour la décider, sa solution ne saurait être douteuse; car, puisque l'article 201 porte que « le « mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins « les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'é- « gard des enfans, *lorsqu'il a été contracté de bonne*

« *foi,* » il est clair que c'est au moment du contrat que la bonne foi est nécessaire, que c'est à ce moment qu'elle est considérée.

Mais ce n'est pas seulement le texte, c'est aussi l'esprit de la loi qui réclame cette solution. Les effets du mariage dans les enfans qui en sont issus sont indivisibles, et doivent l'être, parce que ces enfans ont acquis, par la bonne foi de leurs père et mère, ou de l'un d'eux, au moment du mariage, la qualité d'enfans légitimes, qualité qu'un événement postérieur au mariage, principe de leurs droits, n'a pas pu leur enlever. S'il n'est pas même nécessaire d'être conçu pour avoir un droit, pourvu que l'on naisse ensuite, comme en matière de substitution et d'institution contractuelle, on peut dire, et à plus forte raison, que, par le fait seul du mariage contracté de bonne foi tous les enfans qui en devaient naître tant qu'il subsisterait doivent avoir droit à la légitimité, parce que la condition sous laquelle la loi, dans ce cas, leur en accordait le bienfait, leur naissance, s'étant accomplie, elle a un effet rétroactif au jour du mariage, par conséquent à une époque où la bonne foi subsistait encore. Ajoutons, mais comme simple considération, qu'il y aurait quelque chose qui choquerait la raison dans une si grande différence d'état et de condition entre des enfans nés de la même union, de voir dans les uns des enfans légitimes, et dans les autres des bâtards adultérins, et cela, par l'effet d'une circonstance fortuite, dont la preuve ne

pourrait pas toujours s'établir avec certitude, et preuve dont l'admission aurait d'ailleurs, en général, l'extrême danger de compromettre le sort des enfans légitimes eux-mêmes.

364. Dans le cas même où l'un des époux seulement est de bonne foi, les enfans peuvent invoquer tous les effets civils du mariage; en conséquence, ils portent le nom de leur père, lors même que ce serait lui qui serait de mauvaise foi. Ils ont les droits de successibilité à l'égard de l'un et l'autre, et des parens de tous deux, sans que l'époux de mauvaise foi puisse leur succéder. C'est un des cas, très rares, où le droit de successibilité n'est pas réciproque (1); mais c'est parce qu'ici la succession n'est déférée aux enfans que par exception aux principes, et cette exception n'étant fondée que sur la bonne foi, celui des époux qui n'a pas cette bonne foi ne remplit pas la condition à laquelle seulement la faveur de la loi est attachée.

365. Nous disons que les enfans succèdent même aux parens de l'époux de mauvaise foi; et, en effet, l'article 202 ne porte-t-il pas qu'ils jouissent de tous les effets civils du mariage? ne les assimile-t-il pas, sous ce rapport, complétement aux enfans légitimes proprement dits? Or, s'ils étaient enfans légitimes, il n'y aurait aucun doute à cet

(1) L'adoption nous en offre un autre : l'adopté succède à l'adoptant, mais celui-ci ne succède pas à l'adopé; il a seulement le droit de *retour*, dont parle l'article 351.

égard. On le jugeait ainsi sous l'ancienne jurisprudence, et la généralité des termes dans lesquels sont conçus les articles 201 et 202 ne permet pas de croire que l'on ait voulu restreindre les droits des enfans. Leur opposerait-on ce que dit Pothier (1) des enfans nés du mariage qu'un mort civilement a contracté avec une personne de bonne foi : que ces enfans ont bien, il est vrai, les droits de famille dans la famille de leur mère de bonne foi; qu'ils pourront, à ce titre, recueillir des successions, comme s'ils étaient réellement légitimes; mais qu'ils n'ont aucun droit de famille dans la famille de leur père, attendu que celui-ci n'en ayant plus lui-même, il n'a pu leur en transmettre? Dira-t-on, par analogie, que l'époux bigame n'a pu faire entrer ses enfans dans sa famille, et leur conférer le droit de succéder à ses parens? Nous avons démontré (2), quant aux enfans du mort civilement,

---

(1) *Traité du Mariage*, n° 440.

(2) Au tome Ier, n° 259, où nous citons un arrêt de cassation qui a jugé, conformément à notre opinion, que les enfans d'un mort civilement peuvent succéder aux parens de leur père. Il est vrai que c'était en matière d'émigration; mais la Cour n'a pas moins reconnu le principe.

Et au n° 257 du même volume, nous avons aussi démontré que l'état des enfans du mort civilement est assuré par la bonne foi de leur mère; nous nous sommes fondé sur ce passage de la discussion au Conseil d'État, sur le titre *du Mariage :*

« M. Réal fait observer que l'état des enfans pourrait cependant « *être assuré par la bonne foi de l'autre époux.*

« M. Tronchet répond *que les effets de cette bonne foi sont une exception à la règle générale; qu'au surplus ils sont bornés à celui des deux* « *époux qui a été trompé, et à ses enfans.* » Ainsi, ce point n'est plus douteux.

que l'opinion de Pothier ne pouvait plus se soutenir devant la disposition générale de l'article 202, qui donne, sans aucune restriction, aux enfans issus du mariage putatif, tous les effets civils : or, un des effets civils est le droit de succéder aux parens des père et mère. La parenté civile n'existe plus, il est vrai, entre le mort civilement et sa famille; mais on ne peut opposer aux enfans issus du mariage cette dissolution du lien civil. A plus forte raison, on ne peut, pour les écarter de la famille de l'époux bigame, leur reprocher l'incapacité de celui-ci, puisque, à leur égard, elle est censée ne pas exister, tellement qu'ils lui succèdent sans le moindre doute.

366. Par réciprocité, les parens, même de l'époux de mauvaise foi, pourront succéder aux enfans. La mauvaise foi de cet époux, qui le prive des effets civils du mariage, lui est personnelle; elle n'établit d'incapacité que dans sa personne : ses parens étant habiles, ainsi que nous venons de le dire, à transmettre leurs successions aux enfans du mariage putatif, comme ceux-ci sont habiles à les recueillir, par la même raison ces mêmes parens sont habiles à succéder aux enfans. Quand, par une considération particulière, la loi n'a point voulu rendre réciproques les droits de successibilité, elle l'a dit formellement; ici elle garde le silence : on reste donc dans les termes du

droit commun, et cela paraît juste et tout-à-fait conforme aux principes sur les successions.

367. Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage produit tous ses effets, comme s'il était légitime; en sorte que si les époux sont obligés de se séparer, ils conservent réciproquement les avantages qu'ils se sont faits, mais pour les exercer dans les mêmes cas et aux mêmes époques où ces droits se seraient ouverts si le mariage avait été valablement contracté.

368. Les droits relatifs à la communauté s'exercent lors de la séparation.

La femme reprend les biens qu'elle a apportés en dot, soit qu'elle fût mariée sous le régime dotal proprement dit, soit qu'elle eût adopté le régime exclusif de communauté. Elle a, à cet effet, l'action qu'on appelle en droit *condictio sine causâ.*

369 Les époux conservent-ils le droit de successibilité l'un envers l'autre, ou l'époux de bonne foi le conserve-t-il à l'égard du conjoint de mauvaise foi? L'article 201, dira-t-on, attribue aux époux de bonne foi tous les effets civils du mariage : or, le droit de successibilité est un de ces droits (article 723, 767). Mais, peut-on répondre, c'est faire survivre l'effet à la cause : les époux sont désormais étrangers l'un à l'autre, et la loi n'accorde la succession qu'à l'époux survivant, qualité que n'a plus

celui dont le mariage a été dissous; et voilà pourquoi le conjoint divorcé, même celui qui avait obtenu le divorce, n'avait pas le droit de successibilité.

On réplique, toutefois, que l'éventualité du droit était au nombre des effets du mariage; que c'est comme si les époux en avaient fait l'objet d'une stipulation; et comme, incontestablement, celle qui aurait pour objet la succession du prémourant, dans le cas prévu à l'article 1093, recevrait son effet, par la même raison le droit de successibilité légale doit recevoir le sien, parce que *quæ sunt moris et consuetudinis, in contractibus tacitè veniunt.* Cependant nous pensons le contraire, attendu que les époux ne peuvent être censés avoir eu en vue le droit de successibilité que pour le cas prévu par la loi, c'est-à-dire, que pour le cas où ils seraient encore époux lors de l'ouverture de la succession; car ce n'est qu'en considération de cette qualité que la loi la défère au survivant. Il serait donc plus raisonnable, et plus conforme à son esprit, que la succession appartînt au nouveau conjoint, si le défunt s'était remarié, et même, dans le cas contraire, à l'État.

370. Quand l'un des époux seulement est de bonne foi, il conserve les avantages que l'autre lui a faits par le contrat de mariage, sans que celui-ci puisse réclamer ceux qui lui ont été faits, encore qu'ils eussent été stipulés réciproques : tel est le

sens irrécusable de l'article 202, confirmé d'ailleurs par l'article 300, par argument. L'époux trompé dans un mariage illicite, dont les suites influeront toujours plus ou moins sur sa destinée, mérite la même faveur que l'époux réduit, lorsque le divorce était autorisé, à la nécessité de le demander; et le conjoint de mauvaise foi est aussi peu digne d'indulgence que celui contre lequel le divorce était prononcé.

371. S'il y a communauté entre les époux, il faut distinguer :

Si c'est la femme qui est de mauvaise foi, elle a bien le droit de renoncer à cette communauté, parce que c'est un droit inhérent à toute femme qui a adopté ce régime; mais, lors même qu'elle aurait stipulé la reprise de ses apports, conformément à l'article 1514, elle ne pourrait exercer le bénéfice de cette clause, si l'homme s'y opposait: alors il n'y aurait eu entre eux qu'une communauté de fait, dont le partage se ferait en raison des mises de chacun, de ce qui y serait entré de son chef, et eu égard aux dettes de l'un et de l'autre qui auraient été acquittées par la communauté.

S'il est avantageux au mari ou à ses héritiers qu'il n'y ait pas de communauté conventionnelle ou légale, parce que la femme, par exemple, avait beaucoup de dettes, le mari lui restituera ce qu'elle a apporté et ce qui lui est échu, à la charge par elle de rembourser le montant des dettes qui la con-

cernaient, et qui ont été acquittées par la communauté.

Mais de ce que la femme aurait intérêt à ce qu'il n'y eût pas de communauté, soit légale, soit conventionnelle, parce que, par exemple, elle y a fait des apports plus considérables que le mari, elle n'aurait pas le droit de prétendre qu'il n'y a eu qu'une communauté de fait, afin de pouvoir reprendre sur la masse une part proportionnée à sa mise : les biens se partageraient, au contraire, suivant les règles de la communauté légale ou conventionnelle, selon que les époux auraient adopté l'une ou l'autre, sans toutefois que le mari pût scinder les clauses du contrat. Il n'en est pas, quant à ce dernier point, comme des donations, dont la réciprocité, nous le croyons, n'est pas maintenue.

372. Si c'est, au contraire, le mari qui est de mauvaise foi, la femme aura le droit d'exercer la clause de reprise de ses apports, si elle l'a stipulée. Dans le cas où elle ne l'aurait pas fait, elle pourra renoncer à la communauté, soit légale, soit conventionnelle, sans perdre pour cela, comme dans les cas ordinaires (art. 1492), ce qui y est entré de son chef.

373. Il s'est présenté des cas où un individu avait épousé plusieurs femmes, trompées sur son état, et dont les mariages ont subsisté simultanément. La liquidation des droits de ces femmes n'a

pas été sans de grandes difficultés. Carondas (1) rapporte un ancien arrêt rendu dans le cas d'un homme qui était mort ayant deux femmes qu'il avait épousées pendant la vie de sa première épouse, laquelle avait laissé des enfans. L'arrêt a jugé que les deux dernières femmes avaient chacune la moitié des meubles et acquêts que le défunt avait acquis avec elles. On a ainsi considéré ces acquisitions faites pendant la cohabitation avec chacune de ces femmes comme le résultat d'une communauté de fait dont les bénéfices se sont partagés, non pas d'après les règles de la communauté entre époux, mais d'après celles des simples communautés fortuites ou conventionnelles. On pourrait adopter ce système, sauf à le modifier pour les cas où l'équité le demanderait.

CHAPITRE VI.

Des obligations qui naissent du mariage, et des droits et des devoirs des époux.

SOMMAIRE.

374. *Effets généraux du mariage. Division du chapitre.*

374. Avant d'entrer dans l'explication des droits et des devoirs qui naissent du mariage, dont les rédacteurs du Code ont fait l'objet de deux chapitres, et que nous avons réunis en un seul, parce que c'est du même principe qu'ils dérivent tous,

(1) *Réponses*, liv. 8, chap. 17.

nous retracerons rapidement les divers effets du mariage. La plupart sont l'objet des titres suivans de ce premier livre du Code sur l'*État des personnes*, et que nous expliquerons successivement.

1° Par le mariage, les époux mineurs acquièrent le bénéfice de l'émancipation. Dans nos mœurs, où la puissance paternelle n'a pas les mêmes caractères et les mêmes effets que dans la législation romaine, on ne pouvait sans inconséquence laisser sous la puissance d'un autre celui qui va devenir père et chef de maison lui-même.

2° La femme passe sous la puissance de son mari; elle prend son nom, ses armes, elle participe à sa noblesse, pour conserver ces droits jusqu'à ce que, devenue veuve, elle convole à de secondes noces, et passe ainsi dans une autre famille.

3° En se plaçant ainsi, par le mariage, sous la puissance de son mari, elle devient généralement incapable d'ester en jugement, de contracter, d'aliéner ses biens, sans son autorisation, ou, en cas de refus, sans celle de la justice, ainsi que nous allons l'expliquer.

4° Elle contracte l'obligation d'habiter avec lui et de le suivre partout où il jugera à propos de résider, et elle prend par conséquent son domicile civil.

5° Les époux contractent l'un envers l'autre l'obligation d'être fidèles, de se secourir, de s'assister, et de nourrir et élever les enfans qui naîtront de leur union.

6° Les enfans qui naîtront de la femme pendant le mariage, et même ceux qui seront simplement conçus pendant son cours, porteront le nom du mari : ils auront tous les effets attachés à la qualité d'enfant légitime; à ce titre, ils auront les droits de successibilité sur les biens de leurs père et mère et des parens légitimes de ceux-ci, et même des père et mère adoptifs de ces derniers.

7° Par réciprocité, les père et mère ont les droits de successibilité sur les biens des enfans et de leurs descendans.

8° Ils ont aussi la puissance paternelle sur la personne des enfans, leur tutelle et l'administration de leurs biens, ainsi que la jouissance de leurs revenus, sous les distinctions et limitations posées par la loi.

9° Le mariage légitime de plein droit, ainsi que nous le démontrerons, les enfans naturels légalement reconnus et aptes à recevoir le bienfait de la légitimation.

10° Il produit entre les père, mère, et autres ascendans, et les enfans, l'obligation de se fournir des alimens.

11° Il crée entre l'un des époux et les parens de l'autre une alliance dont les effets sont plus ou moins étendus, suivant les circonstances et les cas réglés par la loi.

12° En l'absence de toute convention, le mariage établit entre les époux une communauté de biens dont la composition, l'étendue et les effets sont également déterminés par la loi.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections :

Dans la première, nous traiterons des obligations respectives qui naissent du mariage entre les père, mère, ou autres ascendans, et les enfans ou descendans ;

Dans la seconde, des droits et des devoirs respectifs des époux.

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations respectives qui naissent du mariage entre les père, mère, ou autres ascendans, et les enfans ou descendans.

SOMMAIRE.

375. *Division de la matière.*
376. *Le premier devoir des père et mère est de nourrir leurs enfans, et de les élever suivant leur fortune et leur état.*
377. *Les père et mère doivent aussi des alimens à leur enfant naturel reconnu.*
378. *Les enfans incestueux ou adultérins ont pareillement droit à des alimens.*
379. *Les enfans naturels, quoique reconnus, n'ont pas le droit d'exiger des alimens des ascendans de leurs père et mère.*
380. *L'enfant naturel reconnu par acte sous seing privé a-t-il le droit d'exiger des alimens ?*
381. *L'enfant, même légitime, n'a point d'action contre ses père et mère pour en obtenir un établissement.*
382. *L'obligation des père et mère, de fournir des alimens aux enfans, n'est pas limitée à un certain temps.*
383. *Les alimens sont dus à l'enfant dans le besoin, lors même qu'il a reçu de ses père ou mère un établissement.*
384. *Les alimens sont dus aussi par les père et mère, même à l'enfant qui s'est marié sans leur consentement.*
385. *Ils ne seraient pas dus par le père à l'enfant qui se serait rendu coupable envers lui d'un fait qui entraînerait l'indignité.*

386. *Pour que l'enfant fût exclu du droit d'exiger des alimens, il ne serait pas même nécessaire que le fait dont il se serait rendu coupable fût de nature à contracter l'indignité, pourvu qu'il fût grave.*

387. *Dans le langage des lois on comprend sous le nom d'*enfans *les autres descendans; en conséquence, les alimens leur sont dus.*

388. *L'arrêt qui jugerait en droit qu'il ne leur en est pas dû renfermerait une violation de la loi.*

389. *Le droit des petits-fils ne peut être exercé que graduellement.*

390. *Ceux qui ont fourni des alimens aux enfans, tels que les instituteurs, ont action contre les père et mère, lors même que ceux-ci n'ont pas donné mission à cet égard.*

391. *Ils ont aussi action contre les enfans eux-mêmes, lorsque ceux-ci ont les moyens d'acquitter les alimens, et que les père et mère sont hors d'état de les payer.*

392. *Réciproquement, les enfans doivent des alimens à leurs père, mère, et autres ascendans, qui sont dans le besoin.*

393. *On doit aussi observer la graduation, lorsque les descendans les plus proches sont en état de fournir les alimens.*

394. *Les enfans d'un fils prédécédé doivent les alimens comme les enfans du premier degré encore vivans.*

395. *Si la même personne a son père et son fils, tous deux en état de lui fournir les alimens, c'est le fils qui est tenu de les donner.*

396. *Les enfans naturels doivent des alimens à leur père et mère qui les ont légalement reconnus.*

397. *De ce qu'un enfant n'aurait point été doté, quand ses frères et sœurs l'ont été, il ne serait point pour cela affranchi de l'obligation de fournir des alimens à ses père et mère, s'il avait les moyens de les donner.*

398. *L'obligation de fournir des alimens aux père et mère n'emporte point celle de payer leurs dettes.*

399. *Aujourd'hui, le père qui n'est point débiteur envers le fils auquel il demande des alimens n'est point obligé de lui abandonner le peu de biens qui lui reste, pour être recevable dans sa demande.*

400. *Les enfans créanciers de leurs père et mère peuvent exercer*

contre eux, comme contre les autres citoyens, toutes les exécutions, sauf la contrainte par corps.

401. *Le bénéfice appelé par les interprètes du Droit romain, bénéfice* de compétence, *n'a pas été admis dans la législation française ; en conséquence, le père, débiteur envers son fils d'une somme égale à la valeur de ses biens, n'en pourrait retenir une portion quelconque, sauf à l'enfant à lui fournir des alimens.*

402. *Les gendre et belle-fille doivent des alimens à leurs beau-père et belle-mère, et réciproquement.*

403. *Du vivant de l'époux qui a les moyens de fournir les alimens, c'est sur ses biens qu'ils doivent être pris, sans préjudice des règles relatives à la communauté.*

404. *Le gendre qui n'a reçu aucune dot ne doit pas moins les alimens.*

405. *Il les devrait, pour sa part, encore qu'il y eût des frères ou sœurs de sa femme en état, comme lui, de les fournir.*

406. *Les gendre et belle-fille doivent aussi des alimens aux autres ascendans de leur conjoint.*

407. *L'obligation de fournir des alimens au père qui est dans le besoin est une charge de succession du fils.*

408. *On entend par* alimens *tout ce qui est nécessaire à la vie.*

409. *Les alimens sont dus dans la proportion des besoins de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.*

410. *Si c'est au défendeur à prouver que le demandeur n'est pas dans le besoin, pour faire rejeter la demande?*

411. *Généralement, lorsqu'il y a plusieurs personnes en état de fournir les alimens, ils doivent être accordés dans des proportions moins restreintes que lorsqu'il n'y en a qu'une seule.*

412. *Les enfans majeurs peuvent-ils, dans certains cas, obtenir des alimens, quoiqu'ils aient reçu l'éducation nécessaire pour l'exercice d'une profession libérale?*

413. *Les alimens se fournissent ou en une pension annuelle, ou en nature, c'est-à-dire, quant à ce second mode, qu'ils sont reçus chez celui qui les doit.*

414. *Cas dans lequel celui qui les doit peut être admis à s'en acquitter en nature.*

415. *Les père et mère doivent être favorablement écoutés dans l'offre qu'ils font de recevoir l'enfant chez eux.*

416. *Lorsque celui qui fournit les alimens ou celui qui les reçoit est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut être demandée.*

417. *Le père peut porter au chapitre de décharge de la tutelle les alimens fournis par lui à l'enfant qui avait des revenus suffisans dont il n'a pas eu la jouissance.*

418. *Si celui auquel des alimens ont été adjugés se rend coupable d'un fait grave d'ingratitude, le débiteur peut demander sa décharge.*

419. *L'obligation des gendre et belle-fille cesse dans deux cas : lorsque la belle-mère passe à de secondes noces ; lorsque l'époux qui produisait l'affinité et les enfans issus de son union sont décédés.*

420. *Le convol de la belle-mère ne la dispense pas de fournir des alimens à son gendre ou à sa belle-fille quand l'affinité subsiste encore, quoique la réciprocité n'ait plus lieu.*

421. *Le convol de la mère ne lui fait point perdre le droit d'exiger des alimens de ses enfans. La belle-fille qui, ayant des enfans du mariage, passe à de secondes noces, doit encore des alimens à ses beau-père et belle-mère, mais sans réciprocité.*

422. *Lorsque les enfans de l'époux qui produisait l'affinité sont en état de fournir les alimens, ce sont eux qui les doivent, et non le gendre ou la belle-fille.*

423. *Après le décès de celui qui aurait pu prétendre à des alimens, la demande n'en peut être formée par ses créanciers, quoiqu'ils soutiennent les avoir fournis.*

424. *Dans l'ancien Droit, l'obligation de ceux qui doivent des alimens était solidaire ; presque tous les auteurs prétendent même qu'elle l'est encore ; cependant elle ne l'est pas. Arrêts qui ont jugé la question en sens divers.*

425. *L'obligation de fournir des alimens est plutôt indivisible que solidaire : conséquences.*

426. *La pension alimentaire est, de sa nature, insaisissable. Modifications que souffre la règle.*

427. *En général, la prestation alimentaire n'est point sujette à compensation contre le gré de celui à qui elle est due.*
428. *L'article 1004 du Code de procédure, qui défend de compromettre sur les dons et legs d'alimens, n'est point applicable à ceux qui ont été adjugés par justice.*
429. *Les parties peuvent également transiger sur ces alimens.*

375. Les obligations qui naissent du mariage entre les père, mère, ou autres ascendans, et les enfans, sont relatives aux alimens, qu'ils se doivent réciproquement lorsque les uns en ont besoin et que les autres sont en état de leur en fournir.

Nous verrons sur cette matière,

1° Quelles personnes se doivent des alimens;

2° Quelle est l'étendue de cette obligation;

3° Quand elle cesse;

4° La nature du droit aux alimens.

§ Ier.

Quelles personnes se doivent des alimens.

376. Le premier devoir des père et mère est de nourrir leurs enfans; la loi naturelle a gravé ce devoir dans leur cœur, et la loi civile, en sanctionnant les lois de la nature, leur prête une nouvelle force, heureusement presque toujours superflue. « Les époux, porte l'article 203, contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation « de nourrir, entretenir et élever leurs enfans. »

Cette obligation est en raison des moyens, de l'état et de la condition des père et mère, et du rang que les enfans doivent probablement tenir un

jour dans la société; l'éducation doit leur être donnée en considération de cet état présumé. Dans les conditions inférieures, les père et mère doivent, lorsque la constitution de l'enfant le permet, lui faire apprendre un métier, et le mettre, autant qu'il dépend d'eux, en état de pourvoir un jour à sa subsistance. La loi se repose, à cet égard, sur leur affection, et sa sanction est dans leur conscience. En effet, un enfant n'aurait pas d'action contre ses père et mère parce qu'ils ne lui auraient point donné l'éducation à laquelle il avait droit de prétendre, ou parce qu'ils ne lui auraient point fait apprendre un métier qui lui était nécessaire; son droit se bornerait à obtenir d'eux des alimens, ainsi qu'on va le voir.

377. En disant que, par le fait seul du mariage, les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfans, la loi n'entend point affranchir de cette charge les père et mère naturels : elle considère uniquement ici les effets du mariage, tandis que les enfans naturels ne pouvant invoquer ces effets, et n'étant tels, d'ailleurs, par rapport à telle ou telle personne, qu'autant qu'ils ont été reconnus par elle, ou tenus pour reconnus, on n'avait point à s'en occuper au titre *du Mariage*. Il est vrai que l'article 338 dit que les droits des enfans naturels seront réglés au titre *des Successions*, et que dans ce titre (1) on ne

(1) *Voyez* les articles 756 à 766.

s'occupe, en ce qui concerne ces enfans, que de leurs droits sur l'hérédité de leurs père et mère; mais il n'est toutefois pas douteux qu'ils n'aient, du vivant de ceux-ci, le droit d'en obtenir des alimens : c'est une dette de la nature (1), que la loi a suffisamment sanctionnée en accordant expressément à l'enfant naturel une portion des biens des père et mère décédés; car elle serait inconséquente de leur attribuer des droits de successibilité, qui ne peuvent même être éludés (art. 761), et de leur refuser cependant les alimens durant la vie des auteurs de leurs jours. Nous n'argumenterons pas des articles 762 et 763, relatifs aux enfans incestueux ou adultérins, auxquels la loi accorde pareillement des alimens, parce que ces articles statuent aussi dans l'hypothèse où la succession des père et mère est ouverte, tandis que nous parlons des alimens dus aux enfans naturels pendant la vie des père et mère qui les ont reconnus; ce que nous dirons, c'est que l'esprit de la loi ne permet pas le doute à cet égard (2).

---

(1) Et cette obligation est si impérieuse, que les lois romaines traitent de meurtrier le père qui refuse des alimens à son enfant : *Necare videtur non tantùm is qui partum perfocat, sed is qui abjicit, et qui alimonia denegat.* L. 4, ff. *de Agnoscend. et alend. liberis.*

(2) Denisart, au mot *Alimens*, rapporte plusieurs arrêts qui ont condamné le père d'un enfant naturel à lui fournir des alimens. M. l'avocat-général Gilbert, portant la parole dans la cause jugée par l'arrêt du 28 mai 1731, disait que les alimens étaient dus aux enfans naturels jusqu'à l'âge de vingt ans, et qu'alors le père était obligé de leur faire apprendre un métier ou de leur donner un état convenable.

Un autre arrêt, du 4 octobre 1724, a jugé que les alimens étaient

378. Les enfans incestueux ou adultérins (1) ont pareillement droit aux alimens du vivant de leurs père et mère : les articles 762 et suivans, tout en supposant que la succession est ouverte, ne sont pas conçus dans un sens restrictif. La loi civile n'a pu vouloir méconnaître les lois de la nature : *Jura naturalia, jure civili perimi nequeunt.*

379. Le droit des enfans naturels, d'exiger des alimens de leurs père et mère qui les ont reconnus, ne s'étend pas toutefois jusqu'au point de forcer les autres ascendans à leur en fournir. La Cour de Douai avait jugé le contraire; mais sa décision a été cassée le 7 juillet 1817. (Sirey, 1817, 1, 289.)

380. Nous verrons au titre *de la Paternité et de la Filiation*, si les enfans naturels, reconnus seulement par un acte sous seing privé, peuvent du moins réclamer des alimens en vertu de cette reconnaissance; s'il y a, à cet égard, une distinction à faire entre la reconnaissance faite en cette forme par la mère, et celle faite par le père; enfin nous examinerons s'il est vrai, ainsi que l'a jugé la Cour

---

dus à l'enfant naturel, non pas seulement du jour où le père avait été condamné à se charger de l'enfant, mais du jour de la naissance de celui-ci.

On peut voir aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 16 octobre 1808 (Sirey, 1809, 1, 110), qui a pareillement jugé que l'enfant naturel a une action en alimens contre ses père et mère qui l'ont reconnu.

(1) Lorsqu'ils ont été forcément reconnus, ainsi que le supposent les articles 762 et suivans, combinés avec les articles 335 et 342. C'est ce qui sera expliqué au titre *de la Paternité et de la Filiation.*

de Nancy, le 20 mai 1816 (Sirey, 1817, 2, 149), qu'une reconnaissance sous seing privé au profit d'un enfant *adultérin* vaut du moins à l'effet d'attribuer à cet enfant le droit d'exiger des alimens; si tel est le sens des articles 762 et 335 combinés.

381. L'enfant, même légitime, n'a point d'action contre ses père et mère pour en obtenir un établissement par mariage ou autrement. (Art. 204.)

On s'est écarté, à cet égard, du principe du Droit romain, suivant lequel le père qui refusait, sans juste motif, de marier et de doter sa fille, pouvait y être contraint par le magistrat, quoique la fille fût encore en sa puissance. L. 19, ff. *de Ritu nuptiarum* (1).

Ce principe était suivi en France dans les pays régis par le droit écrit; mais on ne l'avait point adopté dans les pays coutumiers. Dans ces provinces, la puissance paternelle étant moins étendue, la liberté absolue, chez les père et mère, de doter leurs enfans, avait paru un contre-poids salutaire, propre à retenir ceux-ci dans le respect et la soumission qu'ils doivent aux auteurs de leurs jours. On avait aussi sagement pensé que les enfans seraient plus vivement excités à faire tous leurs efforts pour acquérir, par leur travail et leurs talens, les moyens de se suffire à eux-mêmes, et de suppléer ainsi à une ressource qui pouvait leur échapper. Enfin l'on n'avait pu méconnaître que

---

(1) Voir le nº 75, note, *suprà*.

les père et mère se font généralement un plaisir, comme un devoir, de doter l'enfant digne de leur amour, et l'on croyait ainsi que les pères rempliraient sans contrainte une obligation qui a son principe dans la nature, et qui trouve d'ailleurs une sanction dans l'estime publique, à laquelle la plupart des hommes soumettent toujours plus ou moins leurs actions. Ces vues ont été celles des rédacteurs du Code.

382. Quant aux alimens, l'obligation de les fournir aux enfans n'est pas limitée à un certain temps; elle ne cesse pas avec la minorité de ceux-ci : en principe, elle embrasse toute la vie, puisqu'elle est une conséquence de l'existence, un droit qui y est inhérent. Cependant, si l'enfant avait été mis en état de gagner sa vie; si ses besoins actuels provenaient de sa faute, de sa paresse, de sa dissipation, de ses mauvais penchans, sa demande *pourrait* être rejetée. Les juges ont un pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation des circonstances : la loi n'a entendu consacrer que le principe; elle en a confié l'application à l'équité et aux lumières des tribunaux. Ainsi, dit la loi romaine, dont la sagesse est un guide qui ne trompe jamais dans tout ce qui est d'équité naturelle, *Aditi à te competentes judices ali te à patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus : si modò cùm opificem te esse dicas, in eâ valetudine es, ut operis sufficere non possis.* L. 5, § 7, ff. *de Agnosc. et alend. liberis.*

Les alimens seraient donc dus à l'enfant qui se trouverait, par l'effet de la maladie (ou de toute autre cause, par exemple, le manque d'ouvrage), hors d'état de pourvoir à sa subsistance, quoiqu'on lui eût fait apprendre un métier. Mais s'il avait, par son travail, les moyens de gagner sa vie, les juges pourraient et même devraient rejeter sa demande : la paresse et l'inconduite ne doivent point trouver d'encouragement.

383. Suivant Voët (1) et plusieurs autres auteurs, les alimens sont dus même à l'enfant qui a reçu une dot ou un établissement quelconque, et qui, ayant éprouvé des malheurs, n'a plus le moyen de subsister. Mais cet auteur va jusqu'à dire que, lors même que la dot ou l'établissement de l'enfant n'aurait péri que par sa prodigalité ou sa mauvaise conduite, les alimens lui seraient encore dus, *cùm liber maneat, ac ob id alendus sit* (argum. de la Novell. 12, *cap.* 2.). Nous n'adoptons cette décision qu'avec beaucoup de restrictions.

384. Les alimens seraient-ils dus par les père et mère à l'enfant qui se serait marié sans leur consentement? De Lacombe (2) résout la question contre l'enfant, en s'appuyant d'un arrêt rendu le 22 décembre 1628, quoiqu'il convienne avec plusieurs jurisconsultes, et ainsi qu'il a été jugé

---

(1) Ad Pandectas, tit. *de Agnosc. et alend. lib.*, n° 5.
(2) Au mot *Alimens*, sect. 1.

par arrêt du 10 décembre 1652, que les alimens seraient dus aux enfans de cet enfant par l'aïeul ou l'aïeule qui n'avait pas donné son consentement au mariage. Mais depuis le Code, il a été décidé, au contraire, par la Cour de Grenoble, que le père dont la fille s'est mariée même malgré lui, lui doit des alimens, s'il est en état de lui en fournir, et le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 7 décembre 1808 (Sirey, 1809, 1, 38.). La Cour s'est fondée sur ce que les articles 208 et suivans n'apportent d'autres limites au principe consacré par l'article 203, que la proportion des besoins de ceux qui réclament les alimens, et de la fortune de ceux qui les doivent. La Cour de Bruxelles a pareillement jugé, le 19 janvier 1811 (Sirey, 1811, 2, 317), que le père devait des alimens à son fils qui s'était marié sans son consentement. Dans ce cas, la pension doit être bornée à ce qui est rigoureusement nécessaire. Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la Cour de Grenoble elle fut fixée à 260 fr.

385. Mais si l'enfant s'était rendu coupable envers son père d'un fait qui le ferait déclarer indigne de lui succéder, on ne pourrait, sans inconséquence, et sans blesser l'*esprit* général de la loi, reconnaître dans cet enfant le droit d'exiger de son père des alimens, quelque digne de faveur que soit une demande de cette nature. La loi 5, § 11, ff. *de Agnoscend. et alend. lib.*, décide, en effet, que l'enfant qui a dénoncé son père est indigne du

droit d'en exiger des alimens; et anciennement on étendait cette décision à presque tous les cas d'exhérédation (1). On ne connaît plus l'exhérédation; mais l'exclusion de l'hérédité pour cause d'indignité subsiste encore (art. 727), et le principe sur lequel elle est fondée est également exclusif du droit d'exiger des alimens. Néanmoins, si les tribunaux en adjugeaient dans ce cas, il serait bien difficile de faire réformer leur décision par la Cour suprême, attendu qu'aucune loi formelle n'aurait été violée.

386. Au reste, nous ne limitons pas aux seuls cas constitutifs de l'indignité (c'est-à-dire aux deux premières causes énoncées à l'article 727, car pour la troisième elle ne peut s'appliquer à la question) l'exclusion du droit d'exiger des alimens : si l'injure était considérable, si c'était une accusation déshonorante, quoique non capitale, les caractères du fait pourraient motiver aux yeux des magistrats le rejet de la demande, bien que la loi n'ait pas jugé ce fait assez grave pour en faire une cause d'exclusion de l'hérédité.

387. Voilà pour les enfans. Mais, dans le langage des lois, on comprend sous la dénomination générique d'*enfans* les autres descendans (2) : aussi les alimens leur sont-ils dus par leurs aïeuls et aïeules. C'est une conséquence médiate du mariage de ceux-

(1) De Lacombe, *loco citato*.
(2) L. 220, ff. *de Verbor. signif.*; L. 6, ff. *de Testam. tutelâ*; L. 13, ff. *de Pollicit.*

ci; la loi 5, § 2, ff. *de Agnoscend. et alend. lib.*, consacre ce principe en termes formels. M. Toullier (1) le reconnaît également, d'après M. Locré; mais, en s'appuyant de l'autorité de cet élégant historien du Code, il dit que « les tribunaux pour« raient, suivant les circonstances, rejeter l'action « alimentaire, dirigée par les petits-enfans contre « leurs aïeuls ou aïeules, sans craindre la cassation « du jugement, car il n'y aurait pas de loi violée. »

388. Il n'y aurait pas de loi violée s'ils jugeaient en *fait*, *d'après les circonstances*; mais il y en aurait une violée formellement s'ils jugeaient *en droit* que les petits-enfans n'ont pas d'action alimentaire contre leurs aïeuls et aïeules; et cette loi, c'est l'article 207, qui, après que l'article 205 a eu établi que les enfans doivent des alimens à leurs père et mère, et *autres ascendans* qui sont dans le besoin, porte expressément que « les obligations résultant « de ces dispositions sont réciproques. » Or, ces dispositions ne sont pas seulement celles de l'article 206, relatives aux beaux-pères et belles-mères; ce sont aussi celles relatives aux pères et mères, et autres ascendans. On ne peut supposer que la loi ait entendu restreindre la réciprocité aux beaux-pères et belles-mères, et aux gendres et belles-filles, puisque d'ailleurs l'on convient que les alimens sont dus aux petits-fils par les aïeuls et

(1) Tom. II, pag. 3.

aïeules. Si, contre toute raison, la loi l'eût entendu ainsi, on eût fait de l'article 207 un paragraphe de l'article 206, et non point une disposition générale, dont la teneur s'applique évidemment à tout ce qui précède. Ainsi l'arrêt qui jugerait que la loi n'accorde point d'alimens aux petits-fils serait une violation de cette même loi, et devrait être cassé. Très probablement il le serait.

389. Le droit des petits-fils ne peut être exercé que graduellement, et non *omisso medio*, c'est-à-dire que le petit-fils qui a encore ses père et mère, ou l'un d'eux, doit s'adresser d'abord à eux; et ce n'est qu'en cas d'impossibilité de leur part qu'il peut s'adresser à l'aïeul; L. 8, ff. *de Agnosc. et alend. lib.* En établissant, en principe général, que les ascendans doivent des alimens à leurs descendans (art. 206 et 207 combinés), la loi n'a point entendu, quant à l'exercice du droit, rejeter tout ordre naturel et avoué par la raison; elle n'a point entendu méconnaître le principe *Ubi emolumentum est, ibi onus esse debet*, dont elle a fait, dans mille cas, la base de ses décisions. Or, c'est le père, et non l'aïeul, qui est héritier présomptif de l'enfant.

390. Puisque les père et mère sont obligés, par le fait seul du mariage, de nourrir, entretenir et élever leurs enfans, on doit conclure que les personnes qui ont fourni à ceux-ci la nourriture et l'entretien, non gratuitement, ont rempli l'obligation des père et mère, et qu'elles ont en consé-

quence directement action contre eux, soit celle *negotiorum gestorum*, si les père et mère n'y ont pas expressément consenti, soit celle de mandat, dans le cas contraire. Ainsi, les instituteurs ou maîtres de pension ont cette action directe.

391. Mais il ne suit pas de là que les enfans ne sont pas tenus envers ces derniers : il se forme, au contraire, entre eux un quasi-contrat qui soumet les premiers à l'obligation personnelle de rembourser le montant des alimens, encore que les tiers n'aient agi que par ordre et mandat exprès du père. Jugé en ce sens par la Cour d'Aix, le 11 août 1812 (Sirey, 1813, 2, 369); et sur le recours en cassation, arrêt de rejet, en date du 18 août 1813. (*Ibid.*, 1814, 1, 86.)

Nous croyons néanmoins que les circonstances de la cause devraient être prises en considération; qu'ainsi, dans le cas où le père était solvable au temps de l'éducation des enfans, et qu'il est depuis tombé en déconfiture, la négligence de l'instituteur à se faire payer des termes qu'il a laissé accumuler pourrait faire naître contre lui une fin de non-recevoir, surtout si les enfans avaient eux-mêmes peu de moyen de payer le montant de la dette; et, dans tous les cas, l'action contre les enfans ne devrait être que subsidiaire. La Cour d'Aix semble elle-même avoir reconnu ces deux points, car elle dit : « Considérant qu'entre un instituteur et ses « élèves, auxquels il fournit la nourriture et tout ce

« qui est nécessaire pour leur éducation, il se forme « un quasi-contrat d'après lequel ces derniers sont « tenus d'acquitter eux-mêmes le prix de cette four- « niture, *si leurs parens sont hors d'état d'y satis-* « *faire...;* que, sans examiner si, en droit, un institu- « teur, pour être fondé dans son action contre ses « élèves pour le prix de leur pension, *doit prouver* « *que le père était insolvable au temps de l'obligation* « *contractée à cet égard,* etc. »; et il est reconnu par l'arrêt qu'il l'était (1).

392. Si les père, mère, ou autres ascendans, doivent des alimens à leurs enfans et descendans, par une juste réciprocité, ceux-ci leur en doivent à leur tour : *Iniquissimum enim quis meritò dixerit, patrem egere cùm filius sit in facultatibus.* L. 5, § 13 au même titre, et article 205.

393. On doit observer, en sens inverse, la graduation dont nous venons de parler; en conséquence, l'aïeul doit d'abord s'adresser à son fils ou à sa fille avant de poursuivre le petit-fils, et ainsi de suite. C'est le fils qui est héritier présomptif, il est donc juste que ce soit lui qui supporte la charge. MM. Delvincourt et Toullier sont aussi de ce sentiment.

Si le fils ne pouvait subvenir qu'en partie seulement aux besoins de l'ascendant, celui-ci pourrait, après le jugement, former une demande supplémentaire contre le petit-fils. Mais, selon nous,

(1) Voir *infrà*, n° 423.

il ne devrait pas former demande contre l'un et l'autre en même temps. Son action, comme le dit Pothier, nº 393, est subsidiaire; elle ne peut, par conséquent, s'exercer contre le petit-fils, que lorsqu'il est juridiquement constaté que le fils est dans l'impuissance de fournir en tout ou en partie les alimens demandés. Il est vrai que cela multiplie les frais; mais c'est la faute de ceux qui doivent les alimens de s'y exposer.

394. Lorsqu'il y a des enfans au premier degré et des petits-fils d'un enfant prédécédé, ou qui est dans l'impuissance de fournir les alimens, ces petits-fils, suivant Pothier, en sont également tenus : ils succèdent aux droits de leur père, ils doivent succéder à ses obligations. Il en serait de même, encore qu'ils eussent renoncé à sa succession; car ils ont, de son chef, et par le moyen de la représentation, le droit d'arriver à celle de l'ascendant. En second lieu, leur obligation a une cause suffisante dans leur qualité de petit-fils. (Art. 205.)

Dans ce cas, il n'y a pas nécessité pour l'ascendant de suivre l'ordre graduel dont nous venons de parler. La Cour d'Amiens l'a jugé ainsi le 11 novembre 1821 (Sirey, 1822, 1, 303) :

« En ce qui touche la fin de non-recevoir tirée « de la prétention que les petits-enfans ne doivent « des alimens à leurs aïeuls ou aïeules qu'autant « que ceux-ci n'ont point d'enfans qui soient en état « de leur en fournir;

« Considérant que non-seulement cette préten-
« tion n'est fondée sur aucune loi, mais qu'elle est
« contraire au sens et à l'esprit de l'article 205 du
« Code civil, qui a imposé aux enfans l'obligation
« de fournir des alimens à leurs père et mère, et
« autres ascendans, disposition qui, étant générale
« et sans limitation, suppose, pour le cas échéant
« d'alimens à fournir, le concours de tous les en-
« fans, même des petits-enfans, à défaut de leurs
« père et mère morts ou hors d'état de contribuer
« au secours demandé, etc. »

Les petits-enfans citaient à l'appui de leur défense l'opinion de MM. Toullier (1) et Delvincourt; mais la Cour en a décidé autrement. C'était, au surplus, mal à propos que l'on invoquait le sentiment de ce dernier jurisconsulte, car, comme nous, il distingue très bien les deux cas; et il ajoute, non sans raison, que, dans le concours d'enfans au premier degré, et de petits-fils d'un enfant prédécédé, ceux-

---

(1) Ce jurisconsulte dit, en effet, « qu'on tenait aussi ancienne-
« ment pour maxime que les petits-enfans dont les père et mère
« étaient morts n'étaient tenus de contribuer pour rien à nourrir
« leurs aïeuls ou bisaïeuls, tant qu'il y avait des descendans d'un
« degré plus proche; la représentation n'avait pas lieu dans ce
« cas. »

Mais Pothier, n° 393, ne fait pas cette distinction; il s'exprime d'une manière absolue : « De même, dit-il, l'obligation en laquelle
« sont les enfans de donner des alimens à leurs père et mère s'étend
« à leurs aïeuls, bisaïeuls, et autres parens de la ligne directe et as-
« cendante, mais subsidiairement, c'est-à-dire, au cas que les per-
« sonnes par lesquelles l'enfant en descend, ou ne vivent plus, ou ne
« soient pas en état d'y subvenir. »

ci ne doivent compter que pour une tête dans la prestation définitive des alimens.

395. Si la même personne a son père et son fils, tous deux en état de lui fournir des alimens, le fils seul est tenu, parce que sa dette est plus sacrée, et que, d'ailleurs, si la personne était riche, son fils, en lui succédant, recueillerait les biens : or, *eumdem sequi debent onera, quem sequuntur emolumenta.*

Le petit-fils ne devrait donc pas être admis à venir dire que l'aïeul est, d'après l'article 203, la première personne à laquelle la loi impose l'obligation de fournir des alimens au fils; car l'article 205 lui impose aussi, à lui, cette obligation. Le classement des dispositions à cet égard n'est d'aucune considération : c'est la nature et les caractères de ces obligations respectives que l'on doit uniquement considérer; ces caractères sont en raison de la qualité des personnes, et dès lors l'obligation du petit-fils est plus étroite que celle de l'aïeul.

396. Nous avons dit que les père et mère naturels doivent des alimens à leurs enfans; par une juste réciprocité ceux-ci leur en doivent également, sauf toutefois le droit réservé par l'article 339 aux enfans, de contester la reconnaissance, s'ils prétendent n'être pas nés de ceux qui les ont reconnus, et qui ne l'ont peut-être fait que pour se

procurer un titre au moyen duquel ils pourraient obtenir des alimens.

397. De ce qu'un enfant n'aurait point été doté quand ses frères et sœurs l'ont été, ce ne serait point une raison pour que les père et mère ne pussent lui demander aussi des alimens comme aux autres. Le principe de cette obligation n'est point dans la dot, il est dans la qualité d'enfant, l'état d'indigence de ses père et mère, et les moyens qu'il a de la remplir. Les tribunaux, dans la répartition de la charge entre les enfans, devraient toutefois prendre en considération cette circonstance.

398. L'obligation de fournir des alimens aux père, mère, ou autres ascendans, n'emporte point celle de payer leurs dettes : *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere, rescriptum est;* L. 5, § 16, ff. *de Agnosc. et alend. liberis.*

399. Admettrait-on aujourd'hui la décision de Pothier (1), que les père et mère qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent insuffisant pour les faire vivre, sont obligés, pour être écoutés dans leur demande alimentaire, d'en offrir l'abandon aux enfans, sauf les meubles nécessaires à leur usage, à la charge par les enfans d'acquitter les dettes jusqu'à concurrence des biens abandonnés? Nous ne le pensons pas : la loi actuelle ne dit rien de sem-

(1) N° 390 de son *Traité du Mariage.*

blable; elle n'a nulle part confirmé cette jurisprudence, dont le principe était fort rigoureux. Cette cession de biens forcée est contraire au respect et aux égards que les enfans doivent aux auteurs de leurs jours. Ne serait-il pas douloureux pour un vieillard d'être obligé de quitter le toit sous lequel peut-être il a vu le jour, pour aller vivre comme locataire chez autrui? Non, cette décision ne peut être admise. Les tribunaux, appréciateurs souverains de la double condition exigée par la loi, besoins réels dans le demandeur, et moyens suffisans dans le défendeur, prendront en considération les circonstances de la cause, et régleront en conséquence le montant de la pension demandée.

400. Lorsque les père et mère sont eux-mêmes débiteurs envers leurs enfans, ceux-ci, dans notre législation, ont tous les moyens d'exécution qu'ils auraient contre tout autre débiteur, sauf la contrainte par corps (1), à la charge de leur fournir des alimens, s'il y a lieu.

Nous disons *dans notre législation*, car, suivant le Droit romain, les enfans, créanciers de leurs ascendans, ne pouvaient les faire condamner que jusqu'à concurrence de ce que ceux-ci pouvaient payer, déduction faite encore de ce qui leur était nécessaire pour subsister (2) : par conséquent, les en-

---

(1) L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. (Art. 371.)

(2) *Ratio habenda est ne egeat.* L. 173, ff. *de Regulis juris.*

fans n'avaient le droit d'exiger leur créance que jusqu'à cette concurrence, et ils ne pouvaient exproprier entièrement leurs ascendans. C'est ce que les interprètes ont appelé *beneficium competentiæ* (1).

401. Ce bénéfice, qui pouvait être également invoqué par le beau-père, le patron, le donateur, l'associé, et même les militaires, n'a point été admis dans notre Droit; en sorte que le père qui possède encore quelque bien, pouvant en être exproprié par son fils, son créancier, il ne serait reçu à réclamer de lui des alimens, sur le fondement de l'insuffisance de sa fortune, qu'à la charge d'abandonner à l'enfant ce qu'il possède, sauf les meubles nécessaires à son usage. A ce cas, mais seulement à ce cas, nous appliquons la décision de Pothier; nous la rejetons lorsque l'enfant n'est pas créancier de l'ascendant, ou ne l'est que d'une somme peu considérable.

Ainsi, en supposant qu'un père eût pour 60,000 fr. de biens, et qu'il en dût la valeur à son fils, il ne pourrait en retenir une portion, par exemple pour 20,000 fr., afin d'en pouvoir disposer comme bon lui semblerait. M. Proudhon (2) semble autoriser la prétention du père, et il parle à ce sujet du bénéfice de compétence, que nous ne

---

(1) *Voyez* le § 38, Inst., *de actionib.* Il en est aussi parlé dans les lois 16 à 25, ff. *de Re judicatâ*, et dans plusieurs autres, au titre *de Jure dotium.*

(2) Tom. I[er], pag. 157.

connaissons pas dans notre Droit. Il est plus vrai de dire, d'après les principes que nous avons posés, et qui sont fondés sur le Droit commun, auquel la loi n'a fait aucune exception, que le père serait forcé, s'il ne voulait subir l'expropriation, d'abandonner tous ses biens, à la charge par l'enfant, et à son choix, de lui laisser la jouissance en usufruit d'une portion suffisante pour subsister, ou une pension alimentaire. Pothier, ainsi qu'on l'a vu, n'eût pas hésité sur ce point, puisque, lors même que le père n'est pas débiteur envers ses enfans, dont il réclame des alimens, il doit, selon lui, leur offrir préalablement l'abandon de tous ses biens.

402. Suivant l'article 206, les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des alimens à leurs beau-père et belle-mère (1).

---

(1) Mon gendre, *gener*, est le mari de ma fille.

Ma belle-fille, *nurus*, ou ma bru, est la femme de mon fils.

Mais je ne dois pas d'alimens au fils (*privignus*) ou à la fille (*privigna*) que ma femme a eus d'un premier lit, et qu'on appelle *beau-fils*, ou *belle-fille*, dénomination qui est équivoque, par rapport à la bru.

Le beau-père, *socer*, est le père de l'épouse ou du mari : il ne faut pas le confondre avec le second mari de ma mère, que les Latins nomment *viricus*, les anciens auteurs *parâtre*, et qu'on appelle aussi, dans le langage usuel, *beau-père*. Je ne dois point d'alimens à ce dernier, pas plus qu'il ne m'en doit.

La belle-mère, *socrus*, est la mère de l'épouse ou du mari. Elle n'est point la même que celle que l'on appelle aussi, dans le langage ordinaire, belle-mère, et qui est la seconde femme de mon père. Celle-ci, chez les Latins, s'appelle *noverca*, et dans les anciens auteurs, *marâtre*. Elle a aussi ce nom dans le style animé, et ne s'emploie qu'en mauvaise part.

Ces obligations, porte l'article 207, sont réciproques.

403. Les alimens sont à prendre sur les biens du gendre ou de la belle-fille; mais cela ne doit avoir lieu, du vivant de l'autre époux, que subsidiairement, en cas d'insuffisance des biens de cet époux; car si le fils, par exemple, est riche, il serait contre toute raison que ce fût la belle-fille qui fournît de ses deniers les alimens. De même, il ne serait pas juste, si la fille était dans l'aisance, que ce fût le gendre qui les payât sans répétition : c'est réellement plutôt la dette de la femme que celle du mari. A la vérité, s'il y a communauté entre les époux, les alimens seront acquittés par le gendre, comme dette de communauté, et sans répétition. Il en devrait être de même s'il y avait entre eux exclusion de communauté, parce que le mari perçoit aussi, dans ce cas, tous les revenus de sa femme, et que l'on doit considérer la pension alimentaire comme une charge de ces mêmes revenus. Mais si la femme était mariée sous le régime de séparation de biens, ou si, étant mariée sous le régime dotal, elle avait des paraphernaux, nous croyons, avec M. Delvincourt, que, pouvant payer les alimens, ils devraient être à sa charge personnelle, et que si son mari les acquittait avec l'intention d'en réclamer le montant, il lui en devrait être fait raison par la femme. Mais, s'il les avait

fournis en nature, en recevant chez lui spontanément son beau-père ou sa belle-mère, sans faire de réserve, il serait probablement considéré comme ayant entendu acquitter une dette de bienséance, et avoir voulu lui faire personnellement don des alimens; en conséquence, sa demande en répétition contre sa femme, ou les héritiers de celle-ci, serait vraisemblablement rejetée. La loi 15, Cod., *de Negot. gestis*, dit que, lorsqu'un beau-père (*vitricus*) a fourni, *affectu paterno*, ne faisant aucune réserve à cet égard, des alimens aux filles de sa femme, et leur a donné l'éducation, il est censé avoir voulu leur faire personnellement une libéralité. On peut en dire autant, et à plus forte raison, du cas dont il s'agit : peu importe que les libéralités ne se présument pas, et que les avantages entre époux soient généralement interdits, si les formes dans lesquelles ils sont permis n'ont pas été observées; car, nous le répétons, le mari serait censé avoir voulu exercer la libéralité plutôt envers le beau-père ou la belle-mère, par motif d'attachement et de bienséance, qu'il ne serait censé avoir voulu acquitter la dette de sa femme.

404. De ce que le gendre n'aurait reçu aucune dot, ni de sa femme ni des père et mère de celle-ci, il ne leur devrait pas moins, en principe, des alimens. La loi ne distingue pas. C'est à la qualité de gendre qu'est attachée l'obligation. De Lacombe,

au mot *Alimens*, sect. 1re, cite un arrêt de 1613 qui a jugé en ce sens, et plusieurs jurisconsultes qui ont professé cette opinion.

405. Il en serait ainsi lors même que, dans ce cas, il y aurait des frères ou sœurs de sa femme qui seraient comme lui en état de fournir les alimens; car alors, de deux choses l'une: ou sa femme pourrait y contribuer, ou elle n'en aurait pas les moyens : dans la première hypothèse s'appliquerait ce que nous venons de dire nº 403; dans la seconde, il remplacerait son épouse, quant à l'acquittement de la charge dont elle eût été tenue si elle avait été dans l'aisance : seulement en admettant pour le moment que l'obligation de fournir les alimens soit solidaire entre les enfans (1), et, en conséquence, qu'un ascendant ait une action solidaire contre chacun de ceux qui sont en état de les payer, à son choix. Dans le cas dont il s'agit, si le beau-père actionnait uniquement son gendre, les juges pourraient et même devraient ne condamner ce dernier qu'à une somme annuelle proportionnée à la part qu'il eût dû supporter si la demande eût été dirigée contre tous. En cette matière, les tribunaux ont nécessairement un pouvoir discrétionnaire et protecteur des droits de toutes les parties. Le caprice du beau-père, qui ne s'adresse qu'à son gendre, le rend peu digne de faveur.

---

(1) Nous traiterons de ce point au § 4.

406. L'article 206 ne parle que du beau-père et de la belle-mère; mais M. Delvincourt pense, contre l'avis de M. Proudhon, que le gendre et la belle-fille doivent aussi des alimens aux autres ascendans de leur conjoint, parce que le gendre et la belle-fille sont *loco filii aut filiæ*, et sont soumis, comme fils ou comme fille, à l'obligation de nourrir leurs ascendans par alliance; que ce n'est pas dans une matière aussi favorable que celle des alimens, que l'on doit suivre aussi littéralement le texte de la loi. M. Proudhon dit, au contraire, qu'il n'est pas permis d'étendre ses dispositions au-delà de ses expressions. Nous embrassons le sentiment de M. Delvincourt, en faisant néanmoins observer que la décision qui rejeterait la demande ne saurait être réformée par la Cour suprême, car elle ne renfermerait point une violation de la loi.

407. Nous terminerons les nombreuses questions relatives aux personnes qui se doivent des alimens, par celle de savoir si l'obligation d'en fournir au père qui est dans le besoin doit être regardée comme une charge de la succession de l'enfant, et si elle doit, en conséquence, être acquittée par le légataire universel de ce dernier. Pour cela, il faut supposer que l'ascendant n'a point à réclamer de réserve sur les biens de l'enfant, soit parce qu'il en a reçu la valeur du vivant de celui-ci, soit parce que, étant un ascendant au-delà du premier degré, il y a des frères ou sœurs, ou enfans de

ceux-ci, dont l'existence le prive de toute réserve, en se portant héritiers, par l'effet des articles 750 et 915 analysés et combinés.

Ulpien, dans la loi 5, § 17, ff. *de Agnosc. et alend. lib.*, s'exprime en ces termes sur cette question : *Item rescriptum est, heredes filii ad ea præstanda, quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater deductus est.*

Ainsi, suivant cette loi, lorsque le père est réduit à une grande indigence, les héritiers du fils peuvent être contraints à lui fournir des alimens. Ce n'est pas sans doute par l'effet des rapports qui existent entre ces héritiers et l'ascendant; mais c'est parce que l'obligation de se fournir mutuellement des alimens est contractée entre l'ascendant et le descendant au moment de la naissance de celui-ci, sous la double condition que l'un en aura besoin et que l'autre pourra les fournir. Or, l'accomplissement de cette double condition a, comme le dit très bien M. Delvincourt, un effet rétroactif (art. 1179); par conséquent, elle est une charge de l'hérédité et elle passe, avec les biens, à tous les légataires ou successeurs à titre universel. Mornac, sur cette loi, le décide ainsi. C'est aussi ce qu'enseigne de Lacombe, au mot *Alimens*, sect. I, n° 2.

§ II.

De l'étendue de l'obligation de fournir les alimens.

408. On entend par *alimens* tout ce qui est nécessaire à la vie, c'est-à-dire, la nourriture, les vêtemens, le coucher, le logement, etc. (1)

L'obligation de fournir les alimens comprend donc tous ces objets. Mais, dans l'état actuel de la civilisation, où les classes de la société sont variées à l'infini, et où les besoins sont généralement en raison de l'éducation que l'on a reçue, et du rang que l'on occupe, ces besoins n'ont rien d'absolument fixe. Ils varient encore suivant l'âge de la personne, l'état de sa santé, le lieu qu'elle habite, et mille autres circonstances dont l'appréciation est nécessairement soumise à la sagesse et à la prudence des tribunaux. La loi n'a pu établir à cet égard que des principes généraux.

409. Aussi dit-elle, « Les alimens ne sont accor-
« dés que dans la proportion des besoins de celui
« qui les réclame, et de la fortune de celui qui les
« doit. » (Art. 208.)

« Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit

---

(1) *Verbo* Victus *continentur ea quæ esui, potuique, cultuique corporis quæque homini ad vivendum sunt necessaria; vestem quoque victus habere vicem, Labeo ait. Et cætera quibus tuendi, curandive corporis nostri gratiâ utimur, eâ appellatione significantur.* LL. 43 et 44, ff. de Verb. Signif.

Legatis alimentis, cibaria et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. Cætera quæ ad disciplinam pertinent, legato non continentur. L. 6, ff. de Alim. et Cibar.

« les alimens est replacé dans un état tel, que l'un « ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait « plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou « la réduction peut en être demandée. » (Art. 209.)

410. Celui qui réclame des alimens, comme n'ayant pas de quoi pourvoir à sa subsistance, n'est cependant point obligé, quoique demandeur, de prouver rigoureusement son indigence réelle, parce que cette preuve se convertirait, en définitive, en un fait négatif, l'absence de moyens : or, ce fait n'étant pas susceptible de se transformer en affirmation d'un fait positif contraire, il est par conséquent impossible de le prouver avec toute évidence. D'après cela, en cas de contestation sur ce point, ce sera généralement au défendeur à justifier que le demandeur n'est pas dans le cas prévu par la loi : il n'aura, lui, à établir qu'un fait positif, dont la démonstration sera bien plus facile (1). Au surplus, le tribunal pesera les allégations de l'une et de l'autre partie.

Comme il est possible que le réclamant n'ait besoin que d'un supplément, le magistrat doit apprécier l'étendue des ressources, en les comparant avec celle des besoins et celle des moyens du défendeur.

411. Lorsqu'il y a plusieurs personnes en état de fournir les alimens, les juges les accordent gé-

(1) *Voyez* un arrêt de la Cour de Colmar, qui a jugé en ce sens, le 23 février 1813. Sirey, 1814, 2, 3.

néralement dans des proportions moins restreintes que s'il n'y en avait qu'une seule. L'application de cette règle est aussi subordonnée aux circonstances, c'est-à-dire, au nombre de ceux qui doivent les alimens, à leur fortune, et quelquefois même à leur qualité, parce qu'en effet des enfans devraient encore se gêner davantage que des gendres, surtout si ceux-ci avaient des enfans et leurs propres parens à nourrir.

Dans la classe des paysans et des artisans, les père et mère s'acquittent de leur obligation en mettant les enfans en état de travailler et de gagner leur vie, en leur faisant apprendre un métier, ou en leur donnant les moyens d'exercer une industrie quelconque.

412. Les enfans nés de parens plus favorisés de la fortune, ou placés dans une position sociale plus relevée, ont droit à des soins et à des secours plus étendus; et ils ont encore droit à des secours lors même que leur éducation est finie, et qu'ils sont parvenus à leur majorité (1). Cela est particulièrement vrai à l'égard des enfans qui ont embrassé une de ces professions qui, comme celle du barreau ou de la médecine, ne deviennent lucratives qu'à la longue, lors même encore qu'on a le bonheur de

(1) On le jugeait ainsi dans l'ancienne jurisprudence. Voyez le *Nouveau Denisart*, au mot *Alimens*, § 4, n° 4. La généralité des termes du Code autorise les juges à suivre cette jurisprudence dans les cas qui leur paraîtraient favorables.

s'y distinguer (1). Mais, en accordant des alimens aux enfans majeurs, les tribunaux doivent être attentifs à ne point favoriser la paresse.

413. Les alimens se fournissent de deux manières : ou en une pension annuelle, et qui se paie ordinairement par quartier ; ou en nature, c'est-à-dire que les alimens sont reçus dans la maison de celui qui les doit, où est nourrie, logée, vêtue et entretenue la personne à laquelle ils sont dus.

« Si, dit l'article 210, la personne qui doit fournir les alimens justifie qu'elle ne peut payer la « pension alimentaire, le tribunal pourra, en con« naissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans « sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra ce« lui auquel elle devra des alimens.

« Le tribunal, porte l'article suivant, pronon« cera également si le père ou la mère qui offrira « de recevoir l'enfant à qui il devra des alimens, de« vra, dans ce cas, être dispensé de payer la pension « alimentaire. »

414. Ainsi, l'on voit que lorsque les alimens sont dus à un autre qu'à un enfant, celui qui les doit ne peut être écouté dans l'offre qu'il fait de recevoir la personne chez lui, qu'autant qu'il justifie d'abord qu'il ne peut payer une pension ; et, cette justification faite, les tribunaux ne doivent

---

(1) Voyez au *Répertoire de Jurisprudence* de M. Merlin, v° *Alimens*, § 1, un arrêt du 22 juillet 1779, qui a jugé en ce sens.

encore accueillir cette offre qu'avec beaucoup de circonspection. Ils doivent principalement considérer si, à raison du caractère et des habitudes de celui qui doit les alimens, et des dispositions dans lesquelles il se trouve par rapport à la personne à laquelle ils sont dus, celle-ci n'aurait point à souffrir des humiliations et de mauvais procédés de la part du premier, ou des personnes de sa maison : c'est un point que la loi a soumis à leur prudence.

415. Quant aux enfans, ils ne peuvent être humiliés de venir recevoir la nourriture dans la maison paternelle : aussi la loi n'exige pas, pour que le père ou la mère puisse se dispenser de payer la pension, en offrant de recevoir l'enfant, qu'il justifie de l'impuissance où il est de la payer. Cette offre doit généralement être vue avec faveur; mais des circonstances particulières autoriseraient les tribunaux à la rejeter. Le Code leur laisse encore à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Cependant la Cour de Nîmes a jugé, le 12 fructidor an 11 (Sirey, 5, 2, 13), qu'une fille qui avait abandonné la maison paternelle (1) contre la volonté du père, n'avait pas le droit d'en exiger des alimens, encore qu'elle offrît de justifier ne l'avoir quittée que par

(1) Par suite, à ce qu'il paraît, du mécontentement que lui faisait éprouver le mariage de sa sœur cadette, qu'elle s'était vue préférer avec chagrin. Elle alléguait, au surplus, que son père et son beau-frère avaient usé de mauvais traitemens à son égard.

suite de mauvais traitemens; et la cour ne s'est pas bornée à juger en *fait*, elle a aussi jugé en *droit:* « Considérant, dit l'arrêt, que du moment que les en-« fans quittent le domicile de leur père sans son con-« sentement, le père est affranchi de l'obligation de « fournir des alimens, *à moins que les enfans ne soient « dans l'impossibilité physique de pourvoir à leur sub-« sistance*..... Considérant que la preuve offerte par « la fille Dufour est irrévérentielle et *inadmissible;* « que c'est ici la cause des bonnes mœurs, du res-« pect filial, que les tribunaux doivent toujours se « faire un devoir de maintenir dans toute leur « intégrité; etc. »

Nous ne reprocherons à l'arrêt que d'avoir déclaré, en *droit*, que la preuve offerte est *inadmissible*, quand, au contraire, l'article 211 laisse évidemment aux tribunaux le POUVOIR de décider si le père qui offre de recevoir l'enfant chez lui *doit* être dispensé de payer une pension alimentaire, et par conséquent celui de décider aussi qu'il *doit*, nonobstant son offre, payer cette pension : or, il faut bien que l'enfant puisse justifier des circonstances propres à éclairer leur religion; du moins sa prétention à cet égard n'est pas mal fondée en *droit* (1).

---

(1) Dans le projet de loi, on avait d'abord proposé de déclarer que le père et la mère ne pourraient, *dans aucun cas*, être contraints de payer une pension alimentaire lorsqu'ils offriraient de recevoir, nourrir et entretenir dans leur demeure les enfans auxquels ils doivent des alimens; mais cette rédaction fut abandonnée, et l'on y substitua celle de l'article 211, ainsi que le porte le procès-verbal des conférences du Code civil.

Aussi la Cour d'Aix a-t-elle jugé, le 3 août 1807 (Sirey, 8, 2, 109), que les père et mère peuvent être contraints à fournir hors de leur demeure les alimens qu'ils doivent à leurs enfans, lorsque ceux-ci leur imputent de mauvais traitemens, dont ils offrent clairement la preuve ; et la Cour a déclaré que la preuve des mauvais traitemens allégués dans l'espèce était pertinente et admissible. Elle s'est fondée sur ce que, dès que la loi, par l'article 211, laisse aux tribunaux le pouvoir de déterminer le mode de prestation alimentaire, il n'est pas à présumer qu'elle ait voulu rendre impossible l'exercice de cette faculté ; que la Cour de cassation a reconnu, par arrêt du 14 germinal an XIII, que, d'après l'article 211, le mode de prestation des alimens est laissé à la prudence du juge, etc.

§ III.

Quand cesse l'obligation de fournir les alimens.

416. Les alimens, comme nous l'avons dit, n'étant accordés qu'en raison des besoins de celui qui les réclame, et des moyens de celui qui les doit, il suit de là que, « lorsque celui qui les fournit ou « celui qui les reçoit est replacé dans un état tel, que « l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en « ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge « ou réduction peut en être demandée. » (Art. 209.)

Mais, en sens inverse, et toujours par application du principe que les alimens sont dus en propor-

tion des besoins du demandeur et des facultés du défendeur, si la pension alimentaire n'était fixée qu'à une somme modique, et qu'il survînt un accroissement notable dans la fortune de celui-ci, ou une diminution sensible dans les faibles ressources qui restaient à celui-là, ou s'il lui survenait des besoins nouveaux, ce dernier pourrait former une demande en supplément, dont les tribunaux apprécieraient le mérite selon les circonstances.

417. Du principe que les alimens sont mesurés sur les besoins de celui à qui ils sont dus, nous tirons aussi la conséquence que même le père n'en doit pas à son fils mineur, si celui-ci a des biens propres suffisans. Mais les biens qui adviendraient au fils ne seraient pas soumis à la *répétition* du père pour les alimens par lui fournis pendant que l'enfant n'avait pas de biens.

Si donc le père a été tuteur de son fils, ou s'il a eu l'administration de ses biens à tout autre titre, il peut mettre dans le chapitre du passif de son compte la valeur des alimens qu'il a fournis, à partir du moment où l'enfant a eu des biens propres, et jusqu'à concurrence de leurs revenus. C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen, le 6 mai 1812, dont la décision a été confirmée par la Cour de cassation en ces termes : « Attendu que, s'il est de principe naturel et civil que, tant que le mineur n'a « pas de revenus pour subvenir aux frais de sa nour- « riture, entretien et éducation, le père doit y pour-

« voir, néanmoins cette dette de paternité cesse « lorsque les biens et revenus du mineur augmen- « tent d'une manière suffisante ; que l'arrêt attaqué, « en admettant en compensation, dans le compte « de tutelle rendu par Le Maître à sa fille, une « pension annuelle de 300 fr., qu'il a fixée pour les « six dernières années qu'elle est restée chez lui, « lorsqu'elle avait un revenu plus que suffisant pour « fournir à sa nourriture, entretien et éducation, « n'est contrevenu à aucune loi ; rejette le pourvoi. » Du 13 mars 1813. (Sirey, 1813, 1, 457.)

Dans l'espèce, la fille avait quinze ans lorsque sa mère est venue à mourir, et elle était restée chez son père jusqu'à sa majorité. Elle avait recueilli une rente, du chef de son aïeul maternel, et c'est sur les arrérages de cette rente que le père a voulu faire et a fait la retenue.

Mais il faut n'admettre la décision ci-dessus qu'autant qu'elle peut se concilier avec le principe qui, en attribuant au père la jouissance des biens de son enfant jusqu'à l'âge de dix-huit ans, ou jusqu'à l'émancipation, attache à cette jouissance la charge de nourrir, entretenir et élever l'enfant (art. 384 et 385). Ainsi, tant que le père a l'usufruit légal, il ne peut porter au chapitre de la décharge de son compte de tutelle le montant des alimens; mais il le peut pour le temps qui s'est écoulé depuis que sa jouissance a cessé. Dans l'espèce ci-dessus, cette distinction n'a pas eu lieu, mais c'est parce que l'imputation a porté sur une

somme provenant des arrérages d'une rente échue à la fille, du chef de son aïeul maternel, dont probablement le père n'avait pas la jouissance. S'il en eût joui jusqu'à ce que sa fille eût eu dix-huit ans accomplis, la retenue pour alimens n'aurait dû avoir lieu que pour les trois dernières années, et non pas pour six ans, ainsi qu'elle a été allouée.

418. Si celui auquel des alimens ont été adjugés en justice se rendait coupable d'un fait d'ingratitude qui le ferait exclure, comme indigne, de la succession du débiteur, s'il y était appelé, ce dernier pourrait demander sa décharge. La raison de le décider ainsi est même plus forte que pour le cas où les alimens n'ont point encore été accordés, et dont nous avons parlé au n° 385. Il ne serait même pas toujours nécessaire, ainsi que nous l'avons dit, que le fait d'ingratitude eût la gravité requise pour constituer une cause d'indignité de succéder.

419. Quant à l'obligation des gendres et belles-filles, de fournir des alimens à leurs beau-père et belle-mère, elle cesse dans deux cas : 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces; 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfans issus de son union avec l'autre époux, sont décédés. (Art. 206.)

Ces décisions sont applicables, soit que les causes de cessation du droit aux alimens aient lieu avant qu'ils aient été accordés, soit qu'elles ne naissent que depuis : dans la première hypothèse, le

droit ne s'est point ouvert; dans la seconde il prend fin.

420. L'effet de la seconde cause de cessation est absolu, c'est-à-dire, quand l'affinité est éteinte, que le gendre ou la belle-fille ne peut pas plus demander des alimens au beau-père ou à la belle-mère, que ceux-ci ne peuvent lui en demander, car il n'y a plus de lien entre eux. Mais la première cause ne devrait avoir qu'un effet relatif. Ainsi, l'on conçoit très bien que la belle-mère perde par son convol le droit d'exiger des alimens de son gendre ou de sa belle-fille : elle passe dans une autre famille qui doit la nourrir. Mais on ne voit pas pourquoi le gendre et la belle-fille n'auraient plus, par ce fait qui leur est étranger, le droit d'exiger des alimens de la belle-mère. Serait-ce parce que la réciprocité n'existerait plus, et que l'article 207 dit que « les obligations résultant de « ces dispositions sont réciproques ? » Mais la réciprocité est établie pour *les obligations*, et il n'est pas dit que c'est aussi pour les cas où *elles cessent;* car si on l'eût entendu ainsi, l'article aurait dû simplement dire, *ces dispositions sont réciproques*, ce qui aurait compris et les obligations, et les cas où elles cessent. D'ailleurs, cette réciprocité n'a plus les mêmes motifs, puisque la belle-mère trouve ses alimens dans sa nouvelle famille. Est-il vrai, au surplus, que les alimens ne sont toujours dus qu'en vertu de la réciprocité? Un fils, par exemple,

qui aurait été déclaré coupable envers son père d'un fait d'indignité, serait-il admis à lui en refuser, en disant qu'il n'a pas le droit de lui en demander? Non certainement. Eh bien! la belle-mère s'est mise par son convol en dehors de la réciprocité, mais elle ne peut s'en prendre qu'à elle. M. Delvincourt est d'une opinion contraire, et, il faut l'avouer, l'arrêt qui jugerait suivant le sentiment de ce jurisconsulte, ne blessant aucune loi positive, trouvant même un appui dans le sens ambigu de l'article 207, rapproché du précédent, ne serait probablement l'objet d'aucune censure de la part de la Cour suprême.

421. Au surplus le convol de la mère ne lui fait point perdre le droit d'exiger des alimens de ses enfans; en sorte que si sa fille est mariée en communauté, le gendre, comme chef de cette communauté, dont les alimens sont une charge, sera obligé de les fournir à sa belle-mère, quoique remariée; *et vice versâ*, comme la mère en doit toujours à sa fille, le gendre en profitera indirectement.

L'article 206 ne prévoit pas le cas où la belle-fille, ayant des enfans du mariage, viendrait à se remarier : mais la raison est la même que lorsque c'est la belle-mère qui se remarie; par conséquent les alimens cessent de lui être dus. Mais nous croyons qu'elle en devrait à ses beau-père et belle-mère, comme nous avons décidé qu'il lui en est dû dans le cas où c'est la belle-mère qui a convolé.

Au reste, le droit qui s'est éteint dans la personne de la belle-mère ou de la belle-fille, par son convol, ne renaîtrait pas par la dissolution du second mariage, même en supposant qu'il y eût encore des enfans du premier : l'effet de l'article 206 est absolu et définitif.

422. Il est évident, d'après cet article, que l'existence des enfans maintient le droit réciproque d'alimens entre les gendre et belle-fille et les beau-père et belle-mère; cependant, si ces enfans sont en état d'en fournir à leur père ou à leur mère, ceux-ci n'ont pas le droit d'en demander à leur beau-père ou à leur belle-mère : les liens qui unissent les enfans à leurs père et mère sont plus étroits que ceux qui unissent un beau-père à son gendre. L'obligation du beau-père ou de la belle-mère ne serait donc que subsidiaire. *Vice versâ*, nous croyons que si les enfans issus du mariage étaient en état de fournir les alimens à leur aïeul ou aïeule, ils en seraient seuls tenus, attendu que le lien qui les unit à ces derniers est aussi plus étroit que celui qui existe entre un gendre et son beau-père.

423. La demande d'alimens dus entre parens ne peut, après le décès de celui à qui ils pouvaient être dus, être formée par ses créanciers, qui prétendraient les avoir fournis. Ce principe est consacré par deux arrêts de la Cour de cassation (1), dont les

---

(1) Ces deux arrêts sont rapportés au *Répertoire de M. Favard de*

principaux motifs sont que, lorsque la demande n'est formée qu'après le décès de l'individu qui aurait pu avoir le droit de réclamer les alimens, les tribunaux sont dans l'impossibilité de vérifier si c'était le cas de lui en accorder, de constater s'il avait ou non des besoins, ce qu'exige la loi; que le silence de cet individu fait naître la présomption qu'il ne croyait pas avoir ces besoins; qu'on ne peut demander des alimens que pour des besoins actuels, par conséquent, qu'une demande de ce genre ne peut être formée après le décès de l'individu; que son principe, comme son but, est l'existence de la personne; que c'est là un droit exclusivement attaché à la personne elle-même; enfin, que si la demande eût été formée par elle, le défendeur aurait probablement usé de la faculté que lui donne la loi, d'offrir de recevoir chez lui le demandeur, et par là de se dispenser de payer une pension, etc.

Mais, lorsque les alimens ont profité *directement* à celui de qui un tiers en réclame le montant après le décès de la personne qui les devait, l'action en paiement peut être bien fondée. Ainsi, comme nous l'avons dit aux n°s 390 et 391, *suprà*, un instituteur a non-seulement action contre le père de son élève, mais s'il n'a pu en être payé, il a aussi action contre

---

Langlade, au mot *Alimens ;* mais la date du premier n'étant point indiquée, nous ne l'avons point trouvé dans le recueil que nous consultons habituellement. L'autre est du 17 mars 1819, et se trouve dans Sirey, 1819, 1, 308.

l'élève, si ce dernier a les moyens de fournir aux frais de son éducation. C'est aussi ce qui a été jugé par la Cour de cassation, dont l'arrêt est cité au même endroit.

§ IV.

De la nature du droit aux alimens.

424. Dans l'ancien Droit, il était peu douteux que les enfans qui avaient le moyen de payer la pension alimentaire à leurs père et mère, ou autres ascendans, n'en fussent tenus solidairement. Pothier le dit formellement, au n° 391 de son Traité *du Mariage* (1) : « car chaque enfant, dit-il, considéré seul, lorsqu'il en a le moyen, est obligé, par « le Droit naturel, de fournir à son père tout ce qui « lui est nécessaire pour vivre, et non pas seulement une partie de ce qui lui est nécessaire (2). « Le concours des autres enfans, qui ont le moyen

(1) De Lacombe et Denisart citent, dans leurs *Répertoires*, au mot *Alimens*, plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

(2) Ces derniers mots tendent à faire regarder l'obligation comme *indivisible*, comme ayant pour objet une chose indivisible, la vie; dès lors, il ne suffit pas d'avoir de quoi subsister pendant une certaine partie de l'année. Mais si l'on ne considérait l'obligation que comme indivisible, le résultat ne serait point le même que si elle était solidaire, puisque, dans les obligations indivisibles proprement dites, l'un des débiteurs assigné pour le tout a le droit de mettre en cause ses codébiteurs, pour, comme le disent Dumoulin et Pothier, et comme paraît le vouloir l'article 1225, faire diviser entre eux et lui le montant de la condamnation; tandis que la solidarité a précisément pour effet de faire condamner chacun à la totalité de la dette. Nous allons revenir sur ce point.

« comme lui, lui donne bien un recours contre eux, « mais ne le dispense pas, vis-à-vis de son père, de « satisfaire pour le tout à cette obligation. »

Pothier poursuit, et dit que, « lorsque l'un des enfans n'a pas les moyens de supporter une part égale à celle des autres, il n'en doit supporter qu'une proportionnée à ses moyens : par exemple, que si le juge fixe la pension à 600 fr., qu'il y ait trois enfans, dont deux sont dans l'aisance, et un malaisé, et qui ne peut contribuer que pour une somme de 100 fr., les deux premiers doivent être condamnés solidairement à payer la pension entière, et l'enfant malaisé à y contribuer pour 100 fr., mais sans solidarité. » (1)

Ces principes touchant la solidarité de l'obligation ont été adoptés par presque tous les auteurs qui ont écrit sur le Code; ils ont même été consacrés par deux arrêts rendus par la Cour de Col-

(1) Cela ne s'accorde guère avec ce que dit M. Toullier, que, suivant l'ancienne jurisprudence, et qu'il approuve, « chaque enfant « est tenu de fournir les alimens en entier, sauf son recours contre « ses frères et sœurs, chacun pour leur quote-part, s'ils en ont les « moyens; que le plus riche n'est pas obligé de contribuer plus que « les autres à l'acquit de la dette commune; que le Code est con- « forme à ces principes. » C'est ce que nous allons voir, même quant à la solidarité; et en ce qui touche la contribution, nous convenons bien que, lorsque tous les enfans sont dans l'opulence, quoiqu'ayant des fortunes inégales, la contribution doit être égale; mais de ce qu'ils auraient tous les moyens de payer leur part, si néanmoins la contribution égale apportait quelque gêne à l'un d'eux, lorsqu'elle n'en apporterait aucune à l'autre, alors l'égalité devrait plutôt être proportionnelle qu'absolue. C'est là l'esprit de la décision de Pothier.

mar (1) ; et c'est une doctrine tellement accréditée, qu'il faut quelque courage pour oser la combattre : c'est cependant ce que nous ferons.

Que dans l'ancienne jurisprudence, par suite de l'absence de règles positives touchant la solidarité, et par l'effet d'une confusion assez facile à concevoir des obligations solidaires avec les obligations indivisibles, on ait vu la solidarité dans celle de fournir des alimens, nous n'en sommes pas surpris; mais aujourd'hui, il est impossible de voir la solidarité ailleurs que dans une disposition formelle de la loi, ou dans une convention expresse : l'article 1202 le dit positivement. Or, en matière d'alimens, la loi est muette en ce qui touche la solidarité; bien mieux, elle est exclusive de la supposition qu'elle puisse avoir lieu sans convention, quoiqu'assurément elle ne repousse pas le caractère d'*indivisibilité* dans une obligation de cette nature, indivisibilité dont nous allons déduire les conséquences.

En effet, que veut l'article 208? Que le défen-

---

(1) Le premier, du 24 juin 1812 (Sirey, 1813, 2, 16), a décidé que l'ascendant a une action solidaire contre chacun de ses enfans, sauf à celui qui est attaqué seul son recours contre les autres en état de contribuer.

Le second, en date du 7 août 1813 (Sirey, 1813, 2, 374), a reconnu que l'action des enfans contre leurs père et mère était également solidaire, quand même il n'y avait pas communauté entre ces derniers.

Il ne paraît pas qu'anciennement on étendît la solidarité aux père et mère débiteurs des alimens, et autres ascendans. (Voir de Lacombe, v° *Alimens*, sect. 7.)

deur à la demande alimentaire soit tenu de fournir les alimens en proportion de ses facultés. Eh bien! un pere, par exemple, a besoin de 1000 fr. par an pour vivre : il a quatre enfans, qui peuvent lui fournir chacun 250 fr., mais dont aucun ne pourrait cependant, sans être très gêné, lui payer au-delà de 500 fr.; on les condamne tous, dans le système que nous combattons, à payer solidairement les 1000 fr., sauf leur recours; tandis que, s'il n'y avait eu qu'un seul enfant, la pension n'aurait été probablement fixée qu'à quatre ou cinq cents francs. Il est évident, nonobstant le recours, que l'esprit de l'article 208 est méconnu, puisque, si les autres enfans deviennent insolvables, celui qui a été forcé de payer le tout a payé au-delà de ses moyens. Et remarquez que l'on ne restreint pas la solidarité au cas où chacun des enfans aurait une fortune assez considérable pour que, lors même qu'il eût été seul, la pension eût été fixée à la même somme, cas dans lequel ce système blesserait moins l'esprit de la loi, quoiqu'il le blessât encore dans l'ensemble de ses dispositions : on le présente comme absolu, comme une doctrine fondée sur la raison, sur la nature de la dette, et, nous le répétons, c'est ce que nous ne saurions admettre. Nous voyons bien, si l'on veut, une obligation *indivisible* dans celle de fournir des alimens, mais nous ne saurions y voir une obligation solidaire proprement dite.

Au reste, cette opinion, sur laquelle nous n'avons

jamais varié, a aussi en sa faveur l'autorité d'un arrêt plus moderne que ceux que nous avons cités (1). Il a été rendu par la Cour de Metz, le 5 juillet 1823 (Sirey, 1824, 2, 11); en voici la teneur, qui s'accorde parfaitement avec les raisons sur lesquelles nous avons appuyé notre sentiment : « Attendu que, si la nature et la loi imposent aux « enfans le devoir de venir au secours de leurs pa- « rens réduits au besoin, la justice a voulu que les « secours à donner fussent réglés sur les besoins « des parens et proportionnés à la fortune des en- « fans ;

« Attendu, dans l'espèce, que la pension alimen- « taire demandée par l'intimée a été réglée une pre- « mière fois par une transaction qui oblige Muller « à payer à sa mère 80 fr. annuellement; que de- « puis cette convention, dont il consent l'exécution, « la fortune du fils ne paraît pas s'être améliorée ;

« Attendu que la solidarité n'est point établie par « la loi nouvelle entre les enfans qui peuvent être « obligés à une pension alimentaire envers leurs « parens, puisque chacun n'est tenu de cette obli- « gation qu'en proportion de ses facultés, et que si, « dans le cas de solidarité, l'un des co-obligés était « forcé de payer la dette de celui qui refuserait de « l'acquitter, il pourrait en résulter la ruine de celui « qui serait ainsi contraint, ce que le législateur

---

(1) Et depuis la 1re édition de cet ouvrage, plusieurs autres arrêts ont été rendus dans le même sens.

« n'a pas voulu : par ces motifs, met l'appellation « et ce dont est appel au néant. »

425. Voici réellement quelle est la nature de l'obligation dont il s'agit.

Cette obligation est indivisible, parce qu'elle a pour objet quelque chose d'indivisible, la vie, et qu'on ne peut pas vivre par partie : d'où nous concluons que celui à qui les alimens sont dus peut former sa demande contre tel ou tel de ceux qui sont tenus de les lui fournir ; que, s'il ne s'adresse qu'à un seul, il s'expose à n'obtenir qu'une pension moins forte que celle qu'il aurait eue s'il eût formé sa demande contre tous, ou même contre plusieurs seulement; que, dans cette hypothèse, le défendeur sera condamné à payer la pension fixée par le tribunal, s'il ne met en cause ceux qui, comme lui, peuvent fournir les alimens, sauf ensuite son recours contre eux pour les y faire contribuer, suivant les moyens respectifs de chacun; mais que, s'il les met en cause, comme il en a incontestablement le droit, le tribunal ne doit point prononcer de condamnation solidaire; qu'il doit, au contraire, déterminer le montant que chacun doit annuellement fournir, d'après ses moyens comparés avec ceux des autres.

De cette manière, chacun sait ce qu'il doit payer : il n'y a point de ces recours en garantie, source de divisions, d'altercations et de procès dans les familles. Si celui qui est attaqué pour la totalité des

alimens néglige de mettre en cause ceux qui en devraient être aussi tenus, il doit s'imputer sa négligence, et il sera obligé de faire régler par le tribunal leur part contributoire; car ce n'est pas là une dette ordinaire, qui se divise *pro parte virili*; il n'y a dette que dans ceux qui sont en état de fournir les alimens : or, c'est un fait à constater juridiquement, lorsqu'il n'est pas reconnu.

426. La pension alimentaire est, de sa nature, insaisissable. (Art. 581 2°, Cod. de procéd.)

Cet article dit : « Sont insaisissables.... 2° les *pro-* « *visions* alimentaires adjugées par justice. » Mais sous cette dénomination l'on comprend non-seulement les provisions accordées provisoirement, comme dans le cas de demande en séparation de corps, mais on comprend aussi les pensions alimentaires, dont nous nous occupons.

Ces pensions peuvent toutefois être saisies pour alimens, c'est-à-dire par les créanciers qui les ont fournis. (Art. 582, *ibid.*)

Il n'y a à cet égard aucune différence à faire entre les créanciers qui ont fourni les alimens antérieurement à l'adjudication de la pension, et ceux qui les ont fournis postérieurement. L'article ci-dessus n'établit cette distinction que pour les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, et pour les sommes et pensions pour alimens données ou léguées; objets qui peuvent être saisis par des créanciers posté-

rieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, en vertu de la permission du juge, et pour la portion qu'il détermine.

Si la pension a été réglée à l'amiable, alors on doit la considérer comme comprise dans les objets que le nº 4 de l'article 581 rend en principe insaisissables, en ces termes : « Les sommes et pensions « pour alimens, encore que le testament ou l'acte « de donation ne les déclare pas insaisissables.... » En conséquence, elle ne peut être saisie que par des créanciers postérieurs à l'acte, seulement en vertu de la permission du juge, et pour la somme qu'il déterminera.

427. Le débiteur de la prestation alimentaire, soit qu'elle ait été réglée judiciairement, soit qu'elle l'ait été à l'amiable, ne peut s'en libérer par voie de compensation, même pour des causes survenues postérieurement, à moins que sa créance n'ait pour cause les alimens eux-mêmes. L'article 1293 du Code civil porte, en effet, que « la compensation « n'a pas lieu à l'égard d'une dette qui a pour cause « des alimens *déclarés* insaisissables » : or, quand même le jugement ou l'acte volontaire ne porterait point la clause d'insaisissabilité, les alimens ne seraient pas moins insaisissables, puisque la loi les *déclare* tels par l'article 581, précité.

428. L'article 1004 du Code de procédure décide qu'on ne peut compromettre sur les dons et legs d'alimens, logement et vêtemens.

Mais, d'abord, cette disposition n'est point applicable aux alimens adjugés par justice; ils ne sont ni *donnés* ni *légués*, dans le sens que la loi attache à ces mots.

En second lieu, si la prestation a été réglée à l'amiable, comme des événemens postérieurs ont pu la rendre susceptible de réduction, et même faire que celui qui devait d'abord les alimens se trouve maintenant en droit d'en réclamer de la personne à laquelle il les payait, nul doute que les parties ne puissent remettre à des tiers, par voie de compromis, le soin de juger leur différent. Il n'y a rien, dans ce cas, dont l'effet soit absolu, définitif et irrévocable, puisque, nonobstant la décision arbitrale, les parties auront toujours le droit commun en leur faveur, si leur position respective vient à changer. Au lieu que lorsque les alimens ont été légués ou donnés par un tiers, celui qui doit les acquitter ne les devant pas en vertu de sa qualité, ni de la loi, le compromis aurait des effets absolus et définitifs, que le législateur a voulu empêcher.

429. Tout cela s'applique également à la transaction que feraient les parties sur les alimens, soit qu'ils eussent déjà été accordés judiciairement ou à l'amiable, soit qu'ils ne l'eussent pas encore été.

SECTION II.

Des droits et des devoirs respectifs des époux.

SOMMAIRE.

430. *Division de cette matière.*

431. *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.*

432. *Le mari doit spécialement protection à sa femme.*

433. *La femme doit obéissance à son mari.*

434. *Elle doit habiter avec lui; elle a son domicile. Le mari doit lui fournir ce qui lui est nécesaire, selon sa fortune et son état.*

435. *Elle est obligée de le suivre même en pays étranger; discussion au Conseil d'État sur ce point; ancienne jurisprudence contraire.*

436. *Lorsque la femme refuse d'habiter avec son mari, celui-ci peut demander la séparation de corps, et lui refuser des alimens; silence de la discussion au Conseil d'État sur les moyens de contraindre la femme.*

437. *La femme n'est point obligée d'habiter avec le mari qui entretient une concubine dans la maison conjugale, ou qui ne reçoit pas sa femme dans un logement convenable et décent, selon son état et ses moyens.*

438. *Lorsque le mari reçoit convenablement sa femme, et que celle-ci néanmoins ne veut pas habiter avec lui, peut-on licitement lui accorder l'envoi en possession de ses biens, et l'autoriser à faire une saisie générale de tous ses revenus personnels?*

439. *Ne serait-il pas plus conforme aux principes, que le mari obtînt une condamnation à des dommages-intérêts?*

440. *La voie* manu militari, *que la jurisprudence autorise, est-elle dans l'esprit de la loi?*

441. *Par le mariage, la femme devient généralement incapable de faire les actes de la vie civile, sans être autorisée.*

442. *Il n'en est pas ainsi suivant les principes de la législation romaine.*

443. *Dans l'ancienne jurisprudence, l'autorisation du mari,*

dans les contrats, n'était pas considérée comme un simple consentement.

444. *Il en est autrement sous le Code : elle se donne, ou par le concours du mari dans l'acte, ou par son consentement exprimé par écrit.*

445. *Mais le concours du mari doit exister* dans *l'acte : conséquence.*

446. *Le consentement du mari peut être donné par acte sous seing privé, même par lettre, encore que l'acte de la femme dût être dans la forme authentique.*

447. *Toute autorisation générale ne vaut que pour l'administration des biens; quant aux procès et à l'aliénation des immeubles, l'autorisation doit être spéciale.*

448. *Mais rien n'empêche le mari de donner à sa femme, pour ses propres affaires, la procuration la plus étendue.*

449. *L'autorisation donnée à la femme d'aliéner ses immeubles situés dans certaine localité, de suivre tels ou tels procès, est spéciale, et, comme telle, est valable.*

450. *Lorsque le consentement du mari est donné par écrit, il est à propos de l'annexer à l'acte de la femme.*

451. *Lors même qu'il existerait un acte d'autorisation, si la femme n'en avait point fait usage en contractant, le sien serait nul.*

452. *La femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ne peut ester en jugement sans être autorisée de son mari, ou, à son refus, par la justice.*

453. *Le principe s'applique même à la femme séparée de corps.*

454. *La seule exception qu'il souffre, c'est lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.*

455. *Ainsi, quoiqu'elle soit marchande publique, elle ne peut, même pour les affaires de son négoce, ester en jugement sans être autorisée.*

456. *La femme dont l'interdiction est poursuivie par ses parens, doit aussi, sur cette poursuite, être autorisée par son mari, ou, à son défaut, par la justice.*

457. *Distinctions à faire lorsqu'une femme qui a un procès se marie pendant son cours.*

458. *Le tiers ne peut valablement interjeter appel sans assigner aussi le mari, quoiqu'il ait pu continuer ses procédures*

en première instance, tant que le changement d'état ne lui a pas été notifié.

459. *L'autorisation donnée par le mari à la femme de former une demande n'emporte point celle de plaider en appel.*

460. *La femme autorisée à plaider en première instance et en appel n'est point censée autorisée à défendre sur le pourvoi en cassation.*

461. *Lorsque le mari a autorisé sa femme à plaider, et qu'elle succombe, doit-il aussi être condamné, au moins quant aux dépens? Distinctions à faire.*

462. *La femme mariée qui prend dans une instance la qualité de fille ou veuve n'en peut pas moins, en principe, demander la nullité de la procédure et des jugemens, faute d'autorisation.*

463. *Il en est autrement lorsque le tiers ne pouvait connaître la condition de la femme, parce qu'elle passait notoirement pour fille ou veuve.*

464. *La nullité de la demande, résultant du défaut d'autorisation, ne peut être invoquée par l'autre partie; mais il y a lieu, sur sa demande, à surseoir.*

465. *Formalités à observer par la femme qui veut agir en* demandant.

466. *Le tiers qui* assigne *la femme doit aussi assigner le mari pour l'autoriser; et s'il ne comparaît pas, le tribunal saisi donne l'autorisation.*

467. *Le mari qui assigne sa femme est censé l'autoriser à ester en jugement.*

468. *Un jugement obtenu contre une femme non autorisée ne peut passer en force de chose jugée.*

469. *La femme peut faire, sans autorisation, les protêts, les oppositions et autres actes extra-judiciaires, quoiqu'ils requièrent le ministère d'un huissier ou d'un notaire.*

470. *Dispositions des articles* 217 *et* 219.

471. *L'autorisation du mari rend également la femme habile à s'obliger envers un tiers, quoique l'obligation soit contractée dans l'intérêt du mari.*

472. *Elle la rend habile aussi à aliéner ses biens pour le tirer de prison.*

473. *Mais, en principe, lorsque l'affaire se passe uniquement*

entre les deux époux, l'autorisation du mari ne rend pas la femme habile à contracter.

474. *La femme marchande publique s'oblige valablement sans autorisation spéciale de son mari.*

475. *Mais il faut qu'elle ait son consentement, au moins tacite, pour faire le commerce.*

476. *La femme mineure ne peut faire le commerce avec la seule autorisation de son mari, même majeur; il faut qu'elle obtienne celle des personnes désignées à l'article 2 du Code de commerce.*

477. *Le mari, à défaut de cette autorisation, ne serait tenu des faits du commerce de sa femme qu'autant qu'il les aurait approuvés expressément, et qu'il y aurait communauté ou exclusion de communauté. Sous les autres régimes, la question dépendrait de la nature de l'autorisation.*

478. *Le mari mineur ne peut autoriser sa femme, même majeure, à faire le commerce : il faut qu'elle s'adresse à la justice.*

479. *La femme non spécialement autorisée ne s'oblige point pour des affaires étrangères à son négoce.*

480. *Dans les affaires de son négoce, elle oblige son mari, s'il y a communauté entre eux, légale ou modifiée, et même s'il y a régime d'exclusion de communauté.*

481. *Le mari est obligé pour le total de la dette; la femme l'est également.*

482. *De ce que la femme serait contraignable par corps, la contrainte ne devrait pas pour cela être prononcée contre le mari.*

483. *Les billets souscrits par la femme commerçante sont censés souscrits pour son commerce.*

484. *Lorsque la femme, quoique non marchande publique, est dans l'usage de signer les factures et les billets de son mari commerçant, elle l'oblige valablement, et n'est point obligée.*

485. *Le mari, commerçant ou non, est tenu d'acquitter les fournitures et les provisions qui ont été faites de bonne foi à sa femme, pour les besoins de sa maison; et généralement celle-ci n'est point obligée.*

486. *Dans les cas même où la femme non marchande publi-*

que est obligée, elle n'est point soumise à la contrainte par corps, quoique son mari y fût soumis.

487. *La femme séparée de biens en a la libre administration.*

488. *Mais, à la faveur d'aucune stipulation, elle ne peut aliéner ses immeubles, ni les hypothéquer, sans être autorisée.*

489. *La femme séparée de biens en a la libre administration, quoiqu'elle soit mineure.*

490. *La femme majeure séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner sans autorisation.*

491. *Elle ne peut toutefois, sans être autorisée, en disposer à titre gratuit par acte entre-vifs.*

492. *La femme majeure, séparée de biens, peut-elle consentir des obligations personnelles pour des causes étrangères à l'administration de ses biens?*

493. *La femme, en général, s'oblige valablement par ses délits et quasi-délits. Comment se poursuit l'exécution des condamnations : distinctions à faire.*

494. *La femme qui, en contractant avec quelqu'un, le trompe en prenant un faux nom, ou en produisant un faux acte d'autorisation, est valablement obligée;*

495. *Mais non si elle se qualifie simplement de fille ou veuve, à moins qu'elle ne fût connue dans le pays où elle a traité que sous la qualité qu'elle s'est donnée.*

496. *La femme peut aussi s'obliger par quasi-contrat.*

497. *Comment elle s'oblige par le quasi-contrat de gestion d'affaires.*

498. *Comment elle s'oblige par l'acceptation d'un mandat sans avoir été autorisée.*

499. *Comment elle s'oblige par le paiement qu'elle a reçu indûment.*

500. *Comment elle s'oblige par la gestion d'une tutelle.*

501. *Elle ne peut s'obliger par l'acceptation d'une succession, qu'autant qu'elle a été autorisée à cet effet.*

502. *Comment elle s'oblige par le quasi-contrat de choses communes.*

503. *La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.*

504. *Lorsque le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme pour ester en jugement ou pour contracter.*

430. Nous verrons sur cette matière,

1° Les devoirs généraux des époux l'un envers l'autre;

2° L'autorisation du mari, et comment elle peut être donnée;

3° Quand elle est ou n'est pas nécessaire ;
4° Celle de la justice ;
5° L'effet du défaut d'autorisation ;
6° Et l'effet de la ratification.

§ Ier.

Devoirs généraux des époux l'un envers l'autre.

431. Ces devoirs ont leur principe dans la morale, dont la loi n'est ici que l'interprète :

« Les époux, porte l'article 212, se doivent mu-« tuellement fidélité, secours, assistance. »

Ils se sont mutuellement promis un attachement sans partage : ils se doivent donc une foi mutuelle.

Ils se sont unis pour s'aider à supporter les maux de la vie, comme pour jouir en commun de ses plaisirs et de ses bienfaits : se secourir et s'assister dans les malheurs est la première loi qu'ils se sont imposée, c'est la première qu'ils doivent observer : *Quid tàm humanum est, quàm ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* L. 22, § 7, ff. *Solut. matrim.*

Ainsi, ils doivent se secourir dans les dangers ; ils le doivent aussi dans les positions fâcheuses de la vie, et pour cela ils doivent contribuer aux charges du mariage au-delà même des proportions établies par les lois civiles pour les cas ordinaires ou par les conventions, lorsque l'un d'eux n'a pas les moyens d'y contribuer suffisamment (article 1448 et autres). Ils doivent s'assister dans les infirmités,

dans les maladies, même contagieuses. Le dévouement doit n'avoir d'autres limites que celles que mettrait l'inutilité évidente des soins et des secours. Ces préceptes, que nous puisons dans la religion, dans la nature du mariage, dans la sainteté de ce lien, dans l'esprit même de la loi civile, ont pour garantie de leur observation l'estime publique et de soi-même, et la noble satisfaction qu'éprouve une âme généreuse qui va même au-delà du devoir ordinaire.

D'après ces principes, les infirmités de l'un des époux, quoique contagieuses, n'autoriseraient point l'autre à s'en séparer. C'est, au surplus, ce que nous expliquerons en traitant de la *Séparation de corps.*

432. Le mari doit spécialement protéger sa femme (art. 212); il doit la défendre contre toute oppression. En prenant son nom, en se plaçant sous sa puissance, elle a cherché un appui à sa faiblesse naturelle, et le contrat serait violé dans son essence, le mari manquerait à son premier devoir autant qu'il manquerait à sa propre dignité, s'il dédaignait de la protéger, s'il la laissait en butte à la persécution. Son indifférence à cet égard serait un tort, dont la gravité pourrait, selon la nature des offenses dont son épouse aurait été l'objet, être considérée comme une nouvelle injure faite à celle-ci, et qui l'autoriserait à former la demande en sépasation de corps.

433. Ce pouvoir protecteur, qui dérive encore

plus de la nature que de la loi civile, suppose dans celui qui l'exerce une supériorité et une prééminence sans laquelle son action serait inefficace : par cela même il suppose aussi, de la part de l'être protégé, soumission et obéissance, puisque l'idée d'indépendance, qui se suffit à elle-même sans secours emprunté, est incompatible avec le besoin de défense et de protection : aussi « la femme, dit « la loi, doit obéissance à son mari. » (*Ibid.*) Cette loi n'est pas celle de la force seule, c'est aussi celle de la raison : sans la prééminence de l'un des associés, la société conjugale ne pourrait subsister; et la femme, en reconnaissant cette prééminence dans celui auquel elle s'est unie, ne fait que rendre hommage au pouvoir qui la protége. Mais ce pouvoir ne doit point tourner en moyen de gêne et d'oppression : sa nature serait méconnue par une semblable subversion, que repousseraient tout à la fois les lois et la raison, et qui autoriseraient la femme à s'en affranchir.

434. Le mariage est l'union des personnes; c'est une communauté de l'existence : les époux doivent donc vivre ensemble.

La femme, comme soumise à son mari, prend son domicile (art. 108) : elle est obligée de le suivre partout où il juge à propos de résider, et, de son côté, le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon sa fortune et son état. (Art. 274.)

S'il refuse de la recevoir, il doit être condamné à lui payer une pension proportionnée à son état et à ses facultés, ainsi que l'a jugé la Cour de Lyon, le 30 novembre 1811. (Sirey, 1812, 2, 63.) (1)

435. La femme, disons-nous, est obligée de suivre son mari partout où il juge à propos de résider; mais est-elle obligée de le suivre, même en pays étranger?

Anciennement, comme nous l'apprend Pothier, nº 382, le principe recevait une limitation dans ce cas : « Pourvu, dit-il, que ce ne soit néanmoins pas « hors du royaume. »

Le projet soumis à la discussion du Conseil d'État portait : « Si le mari voulait quitter le sol de la « république, il ne pourrait contraindre sa femme « à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé « par le gouvernement d'une mission à l'étranger « exigeant sa résidence. »

M. Réal observa que le projet de rédaction portait d'abord, *le sol continental ou colonial de la république.* Les tribunaux ayant demandé la suppression de ces mots, la section a adopté cette suppression, parce qu'un Français peut être appelé dans

(1) Un avis du Conseil d'État, approuvé le 11 janvier 1808 (Bulletin nº 2937), autorise le ministre de la guerre à ordonner, s'il y a lieu, la retenue d'un tiers au plus sur la pension ou solde de retraite de tout militaire qui ne remplirait pas, à l'égard de sa femme et de ses enfans, les obligations qui lui sont imposées par les chapitres 5 et 6 du titre du *Mariage*, sauf le recours du mari au Conseil d'État, commission du contentieux.

les colonies pour ses affaires, et qu'alors il doit lui être permis, disait M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, de forcer sa femme à le suivre, attendu qu'il peut voir des inconvéniens à la laisser éloignée de lui.

Le premier Consul dit que l'obligation où est la femme de suivre son mari est générale et absolue.

Cependant, répondit M. Emmery, cette obligation ne doit pas aller jusqu'à suivre le mari dans l'étranger.

Sans doute, reprit M. Regnaud, le mari n'a pas le droit de faire de sa femme une étrangère (1); mais il ne doit pas être forcé de s'en séparer lorsque ses affaires le conduisent hors du territoire français.

Le premier Consul répliqua que l'obligation de la femme ne doit recevoir aucune modification, et que la femme est obligée de suivre son mari toutes les fois qu'il l'exige. Et après quelques autres observations sur les moyens d'exécution, la discussion en est restée là. L'article, réduit à ces termes absolus, sans restriction, doit en effet être entendu en ce sens.

---

(1) Nouvelle preuve de la vérité de ce que nous avons dit au tome I[er], n° 189, que, puisque la loi impose à la femme l'obligation de suivre partout son mari, elle n'a pas voulu la priver de sa qualité de Française, parce qu'elle l'aurait suivi en pays étranger, où il a perdu la sienne, si toutefois elle n'a point entendu aussi abandonner la France sans esprit de retour; mais que cet abandon ne se présume point.

436. Mais quels sont les moyens de contraindre la femme à remplir son obligation d'habiter avec son mari, même hors de France?

Sans doute le refus fait par celle-ci de résider dans la maison commune serait une injure faite au mari, qui l'autoriserait à demander la séparation de corps; mais ce n'est point le but auquel il tend : ce moyen servirait de même, du moins généralement, le dessein de sa femme; aussi le mari en fera-t-il rarement usage.

Il peut, il est vrai, lui refuser des alimens : cela a été formellement reconnu dans la discussion, et n'est d'ailleurs que l'application de la règle, que l'une des parties contractantes n'est point obligée de remplir ses engagemens lorsque l'autre méconnaît les siens. Mais, dans la discussion, on s'est borné à parler de la privation d'alimens; on n'a rien dit touchant la question de savoir si la femme perdrait, comme dans l'ancienne jurisprudence (1), ses avantages matrimoniaux.

On n'a point non plus agité la question de savoir si la femme devrait ou pourrait être condamnée à des dommages-intérêts envers son mari;

Si celui-ci pourrait retenir les revenus des propres de la femme;

---

(1) On trouve dans Denisart, au mot *Femmes*, plusieurs arrêts qui ont déclaré déchues de leur douaire, gain de survie, conventions matrimoniales et droit de communauté, des femmes qui avaient abandonné leurs maris, et qui ne s'étaient point réunies à eux à la mort de ceux-ci. On leur restituait néanmoins leur dot.

Et enfin on a également gardé le silence sur le point de savoir si le mari pourrait employer la voie de contrainte par corps, pour obliger sa femme à résider dans la maison commune : on s'est simplement borné, après avoir parlé de la privation des alimens, à dire que toutes ces difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances.

Elles sont graves : ces difficultés : elles se sont présentées déjà bien souvent, et la jurisprudence, pour les résoudre, a cru, dans le silence de la loi, la fausser quant à l'objet le plus important, la liberté des personnes. C'est ce que nous allons expliquer.

437. D'abord, si la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci doit respecter l'honneur de son épouse, la pureté de ses mœurs, et lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état : d'où il suit que la femme ne serait point tenue de résider dans une maison où ses regards seraient blessés par des actions qui outrageraient la morale. Par conséquent, si le mari cherchait son existence dans des moyens honteux, ou s'il entretenait une concubine dans la maison commune, la femme qui ne croirait pas devoir demander la séparation judiciaire pourrait se retirer, et sur la demande du mari de venir le retrouver et habiter avec lui, se dispenser, par une fin de non-recevoir, dont les juges apprécieraient le mérite suivant les circonstances, de lui obéir,

tant qu'il n'aurait pas fait cesser les motifs de son refus.

En second lieu, elle n'est point forcée d'habiter avec lui lorsqu'il n'a pas un logement convenable et décent pour la recevoir, selon ses facultés et son état. Ainsi jugé par deux arrêts de la Cour de cassation (1). Mais comme les Cours d'appel avaient jugé en *fait*, celle de cassation s'est bornée à déclarer qu'elles avaient pu, sans contrevenir à la loi, décider que la femme, dans les cas dont il s'agissait, n'était point reçue maritalement, et comme elle devait l'être.

Revenant au principe et aux moyens d'exécution que peut avoir le mari de contraindre sa femme à résider avec lui, nous dirons que le Code n'ayant point consacré les déchéances dont elle pouvait être frappée dans l'ancienne jurisprudence, ce ne serait qu'arbitrairement que les tribunaux lui infligeraient ces peines.

438. Quant à *la saisie générale des revenus personnels de la femme*, on prétend qu'il fut positivement reconnu au Conseil d'État que le mari avait le droit de faire faire cette saisie. La vérité, c'est qu'il ne fut rien dit autre chose, si ce n'est que le mari pourrait lui refsuer des alimens, ce que personne ne conteste, mais ce qui est bien différent. La Cour de Riom (2) a toutefois ordonné que, faute

(1) Des 12 et 26 janvier 1808. Sirey, 1808, 1, 145.
(2) Le 13 août 1810. Sirey, 1813, 2, 239.

par la femme de se réunir à son mari dans le délai d'un mois, celui-ci pourrait se mettre en possession de ses biens, à la charge par lui de les entretenir, etc., mais sans être astreint à fournir aucune portion des revenus à la femme.

439. On peut demander sur quelle loi cet arrêt est fondé. C'est une décision parlementaire, qui eût été bonne anciennement, mais qui est arbitraire aujourd'hui. Nous concevons très bien que la femme eût pu être condamnée à des dommages-intérêts par suite de l'inaccomplissement de ses obligations, et qu'en exécution de cette condamnation, le mari eût pu faire saisir les revenus de sa débitrice jusqu'à due concurrence : cela eût été dans l'ordre ordinaire des choses; mais un envoi en possession, comme s'il s'était agi des biens d'un absent, c'est ce qui n'était autorisé par aucune loi (1).

Dans une espèce semblable, la Cour de Colmar avait, par un premier arrêt (2), autorisé le mari à employer contre sa femme la voie *manu militari*, pour la contraindre à venir habiter la maison conjugale. Après une visite qui fut vainement faite au domicile de la mère de l'épouse pour s'emparer de la personne de celle-ci, le mari forma une nouvelle demande, mais qui avait pour objet d'obtenir des dommages-intérêts : il les avait fixés à 500 fr. *par*

(1) Un arrêt de la Cour de Pau, du 22 prairial an XIII (Sirey, 6, 2, 15), a aussi autorisé la saisie *générale* des revenus de la femme.

(2) Du 14 janvier 1817. (Sirey, 1818, 2, 123.)

chaque semaine de retard. C'était beaucoup, comme l'on voit. Le tribunal adjugea 300 fr. par chaque mois de retard. La femme interjeta appel. Elle le fondait : 1° sur ce que le mari, dans la première instance, avait obtenu tout ce qu'il voulait, la contrainte; que c'était tomber dans le vice *bis in idem*, et par conséquent que la nouvelle demande était non-recevable; 2° qu'elle était en tout cas *mal fondée*, puisque c'était mettre aux prises la cupidité avec la tendresse maritale, exposer celle-ci à succomber, et ouvrir au mari un moyen de s'approprier la fortune de sa femme. Elle disait, en outre, que, jusqu'à ce jour, la jurisprudence n'avait usé d'autre voie coërcitive que la saisie des revenus de la femme qui était séparée de biens (1), et la contrainte personnelle, encore que cette voie répugnât à nos mœurs; mais qu'elle n'avait point été au-delà.

La Cour, en rejetant la fin de non-recevoir, a néanmoins déclaré la demande mal fondée. Il nous semble, au contraire, qu'une demande en dommages-intérêts, dont les tribunaux au surplus fixeraient le *quantùm* avec modération, et de manière toutefois que ce fût un moyen réellement coërcitif, serait mieux fondée sur les principes, qu'une autorisation de saisir *tous* les revenus sans condamnation préalable à une somme déterminée. L'une aurait pour elle le droit commun; l'autre ne reposerait que sur l'arbitraire.

---

(1) Ou qui avait des paraphernaux, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Riom.

440. Pour la voie de contrainte *manu militari*, c'est une opinion accréditée, que le mari peut obtenir l'autorisation de l'employer. On dit, à cet égard, que les règles sur la contrainte par corps en matière civile ne sont pas applicables ici, parce qu'il ne s'agit point de mettre la femme en prison; que le mariage n'est pas un contrat ordinaire; qu'en consentant à leur union, les époux se sont donnés l'un à l'autre pour passer leur vie en commun et avoir des enfans, et qu'il est évident que ce but du mariage ne saurait être atteint, si l'un d'eux, sans motif légitime, pouvait se soustraire à la cohabitation commune; que la contrainte *manu militari* est donc dans la nature des choses, et que telle est la jurisprudence (1).

Malgré l'uniformité de cette jurisprudence, nous ne sommes point convaincu; et voici succinctement nos raisons :

1° Quoique la femme ne soit pas mise en prison, on n'exerce pas moins à son égard une contrainte, une violence : or, la loi défend formellement d'exercer une contrainte personnelle hors des cas expressément déterminés par elle (art. 2063), et celui dont il s'agit n'est point prévu;

2° Pour que l'exercice de cette contrainte eût

---

(1) Indépendamment de l'arrêt de la Cour de Colmar, ci-dessus cité, il en existe trois autres antérieurs, qui ont jugé dans le même sens, et qui ont été rendus les 29 mai 1808, 12 avril et 17 juillet 1810, par les Cours de Paris, de Pau et de Turin. (Sirey, 1808, 2, 199; 1810, 2, 241; et *Bibliothèque du Barreau*, tom. III, pag. 248.)

un résultat, il faudrait renfermer la femme, la retenir, contre le vœu de toutes les lois, en charte privée; sinon la faculté qu'elle aurait de s'en aller rendrait le moyen illusoire, et son emploi renouvelé sans cesse troublerait la paix publique et ne serait qu'un sujet de scandale et de risée;

3° Que, dans la discussion au Conseil d'État, le premier Consul, dont l'opinion s'est le plus énergiquement prononcée sur l'obligation absolue de la femme de suivre partout son mari, même en pays étranger, interrogé sur les moyens d'exécution qu'aurait celui-ci, s'est borné à dire qu'il lui refuserait des alimens; et aucun autre orateur n'a non plus parlé de contrainte par corps, parce qu'en effet ce moyen est odieux, surtout de la part d'un mari envers sa femme; qu'il répugne à la décence publique; qu'il n'est propre qu'à semer la haine entre deux époux momentanément divisés, mais qui peuvent d'un instant à l'autre se réunir; qu'il est illusoire, s'il ne se transforme en un véritable attentat à la liberté individuelle, et parce qu'enfin la loi ne l'a point établi;

4° Qu'il n'est pas vrai de dire que, sans ce moyen, la femme peut se jouer de son obligation, et que la loi est ainsi dépouillée de sanction; car, cela fût-il vrai, l'insuffisance de la loi sur ce point n'autoriserait pas l'emploi d'un moyen qu'elle réprouve formellement, précisément parce qu'elle n'en a pas permis l'usage dans le cas dont il s'agit. Nous disons, au contraire, que la loi a une sanc-

tion dans le refus que peut faire le mari de fournir des alimens à sa femme; qu'elle en a une aussi dans le droit qu'il a, selon nous, de la faire condamner à des dommages-intérêts; enfin, qu'elle en a une encore dans la jurisprudence des Cours, que nous n'approuvons pas, mais qui nous répugne beaucoup moins que celle qui autorise la contrainte *manu militari*, et qui consiste à donner au mari le droit de saisir généralement tous les revenus de la femme. L'opinion publique offre d'ailleurs une garantie puissante, que ce désagrément n'atteindra guère que les maris qui ne feront pas de leur côté tout ce qu'ils doivent faire pour procurer le bonheur à leurs épouses; et si la femme se conduit mal, le mari peut lui faire infliger les peines portées aux articles 336 et suivans du Code pénal.

§ II.

De l'autorisation du mari, et comment elle peut être donnée.

441. En passant sous la protection du mari, la femme, comme nous l'avons dit, passe aussi sous sa puissance, et perd ainsi la faculté d'exercer seule la plupart des actes de la vie civile. Elle devient incapable d'ester en jugement, et, généralement, de contracter sans l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, celle de la justice.

442. En cela, la législation française diffère de

beaucoup du Droit romain, suivant lequel les femmes ne pouvaient, il est vrai, s'obliger pour autrui, ni même pour leurs maris (1), mais pouvaient du moins contracter dans leur propre intérêt, sans avoir besoin de l'autorisation de ceux-ci.

443. Dans les principes de l'ancienne jurisprudence, l'autorisation maritale n'était pas considérée, dans les contrats, comme un simple consentement du mari; elle devait être formellement exprimée : tellement que le mari, en souscrivant l'acte par lequel la femme s'engageait ou aliénait, ne la rendait pas habile à le consentir, s'il ne disait positivement qu'il l'autorisait (2).

444. Le Code a fait justice de cette subtilité. Il dit, par l'article 217 : « La femme, même non « commune ou séparée de biens, ne peut donner, « aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou « onéreux, *sans le concours du mari dans l'acte*, ou « son consentement par écrit. »

445. Mais lorsque le consentement n'est pas donné par écrit, il faut du moins le concours du mari *dans* l'acte, de manière qu'il n'ait pu ignorer l'engagement de sa femme. C'est d'après ce principe que la Cour de Riom, par arrêt du 2 février 1810 (3), a déclaré nul l'engagement d'une femme qui avait

(1) A cause du sénatus-consulte Velléien, qui le leur défendait.
(2) *Voy.* Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 6.
(3) Sirey, 1814, 2, 99.

simplement mis au bas d'une lettre de change souscrite par son mari, ces mots : *pour caution.* C'était eu effet un *autre acte* que celui du mari, et qui pouvait fort bien avoir été consenti sans son autorisation (1).

446. Le consentement peut être donné par acte sous seing privé comme par acte authentique, lors même qu'il s'agirait, pour la femme, d'un acte qui ne peut être valablement fait qu'en la forme solennelle et authentique, comme l'acceptation d'une donation : la loi ne distingue pas ; et il n'y avait pas raison de distinguer. Le consentement du mari pourrait même être valablement exprimé par une lettre.

447. L'autorisation donnée d'une manière générale, même celle stipulée par contrat de mariage, ne vaut que pour l'administration des biens de la femme (art. 223) : elle est sans effet quant aux aliénations d'immeubles, aux transactions, à l'acceptation et à la répudiation des successions, aux actions judiciaires, soit en demandant, soit en défendant, aux constitutions d'hypothèques, aux emprunts, etc. La loi veut qu'elle ne soit que le résultat d'une volonté éclairée dans le mari ; ce qui ne pourrait avoir lieu, du moins ordinairement, si elle était donnée dans les termes les plus généraux, les plus absolus.

---

(1) Mais voir le n° 518, *infrà*, pour le cas où le mari tire une lettre de change sur sa femme.

448. Mais rien n'empêche un mari de donner à sa femme la procuration la plus étendue pour ses propres affaires ou celles de la communauté, ou pour l'administration des biens de sa femme, si elle lui appartient d'après le régime sous lequel ils sont mariés : il peut placer sa confiance en sa femme comme en tout autre. Alors ce sont les principes du mandat qui sont applicables entre le mari et les tiers, et ceux du contrat de mariage entre la femme et le mari.

449. L'autorisation que celui-ci donnerait à sa femme d'aliéner, soit par un seul et même acte au profit d'une ou plusieurs personnes, soit par des actes divers et au profit de personnes différentes, tels ou tels immeubles à elle appartenant, ou même d'aliéner les immeubles situés dans certaine localité, dans tel département, ou celle qui comprendrait en même temps le pouvoir de suivre tels ou tels procès, et qui renfermerait même d'autres pouvoirs, ne constituerait qu'une autorisation spéciale, par conséquent elle serait valable, quoique ayant plusieurs objets. Ce que la loi rejette, c'est l'autorisation générale de plaider, d'aliéner, d'hypothéquer, et de faire tous actes qui excèdent les bornes ordinaires de l'administration des biens.

450. Pothier (1) et Lebrun (2) disent que, lors-

---

(1) *De la Puissance du mari*, n° 71.

(2) *De la Communauté*, liv. II, chap. I, sect. 4, n° 22

que l'autorisation est donnée antérieurement à l'acte que la femme doit passer, il est à propos que celui qui la renferme soit annexé à ce dernier; qu'il ne suffirait pas d'énoncer que la femme a été autorisée par acte de tel jour, passé devant tel notaire, et qu'elle l'a représenté : car si le contrat était attaqué, et que l'acte d'autorisation ne fût pas produit, il serait annulé. Le notaire qui a reçu le contrat n'a pu, en effet, attester *propriis sensibus* que le mari avait autorisé sa femme, puisqu'on suppose que l'autorisation est antérieure à l'acte qu'il a reçu; et l'extrait des actes de l'enregistrement serait insuffisant pour prouver son existence et sa validité.

De là, si la femme traite par acte sous seing-privé, le créancier doit avoir la précaution de se faire remettre l'acte d'autorisation.

451. Pothier dit aussi que si la femme avait contracté sans se dire autorisée, quoiqu'il existât un acte d'autorisation, le contrat auquel il n'aurait pas été référé devrait être annulé, parce que, en ne faisant pas usage de cette autorisation, en contractant comme femme libre, sans se dire autorisée, c'est la même chose que si elle ne l'avait pas été.

Nous pensons que la décision de Pothier ne serait point applicable au cas où l'acte d'autorisation serait annexé à celui de la femme, ou qu'elle l'aurait remis au tiers : dans ces cas, elle en aurait réellement fait usage, quoique l'ont eût omis d'en faire mention dans le contrat. Il serait d'ailleurs

toujours vrai de dire qu'elle avait le consentement de son mari par écrit, et l'article 217 n'exige pas autre chose.

Nous verrons au § VI quel est l'effet de l'autorisation donnée après coup.

§ III.

Quand l'autorisation du mari est ou n'est pas nécessaire.

452. Nous parlerons d'abord des cas où elle est nécessaire, et nous distinguerons entre les actions judiciaires, actives ou passives, et les contrats ou engagemens extrajudiciaires.

« La femme, porte l'article 215, ne peut ester (1) « en jugement sans l'autorisation de son mari, « quand même elle serait marchande publique, ou « non commune, ou séparée de biens. »

Elle ne peut par conséquent citer en conciliation sans cette autorisation; et pour y être citée valablement, il faut que la citation soit aussi donnée au mari, comme nous le dirons bientôt pour les matières contentieuses proprement dites.

453. Le principe s'applique aussi à la femme séparée de corps : l'effet de cette séparation donne bien à la femme le droit d'avoir une habitation distincte de celle de son mari, et elle entraîne la

---

(1) *Stare in judicio.*

séparation de biens; mais la femme n'est pas moins soumise à la puissance maritale pour tout ce qui n'a pas été détaché de cette puissance par la loi : or, nulle part il n'est dit que la femme séparée de corps a le droit d'ester en jugement sans être autorisée. L'article 1449 dit, au contraire, qu'elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement de son mari, ou, à son refus, l'autorisation de la justice : il la met, sous ce rapport, sur la même ligne que la femme séparée de biens seulement.

454. La seule exception que souffre le principe se trouve dans l'article 216 : c'est lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police : dans ce cas, la justice, qui la poursuit, lui donne implicitement l'autorisation, parce qu'elle ne peut vouloir l'accuser sans vouloir en même temps lui reconnaître le droit naturel de se défendre.

Mais dans les affaires criminelles, correctionnelles, ou de simple police, la femme, à plus forte raison ne pourrait se rendre partie civile sans être autorisée de son mari ou de justice.

455. Quoiqu'elle soit marchande publique, et qu'il s'agisse des affaires de son négoce, elle ne peut non plus agir, soit en demandant, soit en défendant, sans être autorisée : son mari a pu avoir assez de confiance en son intelligence pour lui laisser faire le commerce, sans qu'on doive en inférer qu'il a eu la même confiance relativement aux affaires judiciaires, qui sont d'une nature toute diffé-

rente; ce n'est pas le cas de dire : *qui veut la fin veut les moyens.*

456. La Cour de cassation a même jugé que le principe s'appliquait à la poursuite en interdiction dirigée contre la femme : en conséquence, elle a décidé, par arrêt de cassation du 9 janvier 1822 (Sirey, 1822, 1, 156), 1° que l'interdiction d'une femme mariée ne peut être régulièrement provoquée par ses parens, et prononcée par les tribunaux, sans que cette femme ait été autorisée à plaider sur la poursuite en interdiction, par son mari, ou par les tribunaux, à défaut de celui-ci;

2° Que le mari qui n'a pas donné son autorisation peut former tierce-opposition au jugement qui a prononcé l'interdiction de sa femme, et le faire annuler, ainsi que tout ce qui l'a précédé et suivi.

457. Mais une foule de cas peuvent se présenter, et nous allons les passer rapidement en revue.

Nous supposerons d'abord qu'une femme qui a un procès se marie; alors il faut distinguer :

Si l'affaire est en état, le jugement ne peut être différé. (Art. 342, Cod. de procéd.)

Si l'affaire n'est point en état, les procédures peuvent être continuées par la partie adverse, tant que le changement d'état de la femme n'est point notifié à cette partie; elle n'est point obligée de le connaître. (Art. 345, *ibid.*)

Mais depuis la notification, le tiers ne peut continuer ses poursuites sans mettre en cause le mari;

et s'il est défendeur, il peut demander que la femme soit déclarée non-recevable à continuer ses poursuites, tant qu'elle ne sera point assistée de son mari, ou du moins dûment autorisée. On ne peut le forcer à subir les chances d'une procédure irrégulière.

Le mari peut, suivant la nature de l'affaire, reprendre l'instance ou intervenir.

458. Quoique l'adversaire de la femme puisse continuer ses procédures tant que le changement d'état ne lui a pas été signifié, néanmoins il ne peut interjeter appel d'un jugement rendu entre lui et la femme qui s'est mariée pendant le procès, sans assigner aussi le mari sur l'appel, pour autoriser la femme : il n'est pas nécessaire que le changement d'état lui ait été signifié; on rentre alors dans la règle générale. En cela, l'appel est concomme une instance nouvelle (1).

459. D'après cela, l'on voit que la femme simplement autorisée par son mari à former une demande, a besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel ou y défendre.

L'autorisation n'est point censée donnée *in omnem causam;* il faudrait pour cela qu'elle fût expresse, ou du moins qu'elle fût conçue dans des termes qui ne permissent pas de douter que le mari n'ait entendu autoriser sa femme à l'effet de suivre le procès dans toutes ses phases. Ce sera au tiers, s'il est appelant, à diriger son appel contre l'un et l'autre

(1) *Voy.* l'arrêt de cassation du 7 août 1815. Sirey, 1815, 1, 346.

époux; et s'il est intimé, à demander que la femme produise l'autorisation de son mari, ou qu'elle obtienne de la Cour l'autorisation supplétive.

460. A plus forte raison, si la femme est assignée devant la Cour de cassation, le mari doit-il être appelé pour l'autoriser, lors même qu'il l'aurait autorisée à plaider en première instance ou en appel, et qu'il y aurait été mis en cause; si non, l'assignation donnée en vertu de l'arrêt d'admission du pourvoi serait nulle et de nul effet, et, par suite, le demandeur en cassation serait déchu (1). Mais pourvu que le mari soit appelé dans les trois mois de l'arrêt d'admission du pourvoi, quoique ce ne soit pas par le même exploit, cela suffit (2).

461. Dans le cas où les époux sont mariés en communauté, et que le mari autorise sa femme à plaider, si elle est condamnée, le mari peut être aussi condamné aux dépens, et même au principal, sauf son recours contre elle, s'il y a lieu (art. 1419 analysé). Cela est surtout particulièrement vrai lorsque la femme est demanderesse; si elle est défenderesse, et que le mari ne soit pas en cause, la question peut dépendre des circonstances.

Sous les autres régimes, généralement le mari ne doit pas être condamné, même aux dépens; car, en général, l'autorisation maritale n'est qu'une

---

(1) Ainsi jugé par deux arrêts, l'un du 25 mars 1812, et l'autre du 14 juillet 1819. Sirey, 1812, 1, 317; 1819, 1, 407.

(2) Arrêt du 5 avril 1812. Sirey, 1813, 1, 8.

formalité pour *habiliter* la femme, et qui n'emporte point obligation de la part du mari. Observez, au surplus, que c'est lui qui est le gardien des biens dotaux sous le régime dotal. (Art. 1549.)

462. Si une femme figure dès le principe dans une instance comme fille ou veuve, quoiqu'elle soit mariée, et qu'il ait été facile à l'autre partie de s'assurer de sa qualité, la nullité n'en pourra pas moins être demandée par la femme, le mari, ou leurs héritiers (art. 225), par la raison que cette partie devait connaître la condition de la personne avec laquelle elle plaidait. La simple déclaration de la femme est comme celle que fait un mineur, qu'il est majeur, laquelle n'est point un obstacle à la restitution *in integrum* de ce mineur (art. 1307). Le système contraire ouvrirait d'ailleurs la porte aux abus, puisqu'il dépendrait de la femme d'éluder la puissance maritale en prenant la qualité de fille ou de veuve (1).

463. Mais si dans le lieu où réside la femme on ignore absolument qu'elle est mariée, si elle passe notoirement pour fille ou veuve, alors les juges de la demande en nullité peuvent accueillir l'exception du défendeur, fondée sur l'erreur commune, et décider que les procédures et les actes faits par la femme, ou contre elle, quoique non sée, sont valables, ainsi que les jugemens.

---

(1) *Voy.* Pothier, *de la Puissance maritale*, n° 54, et *infrà*, n° 494.

La Cour de cassation a jugé en ce sens, le 30 août 1808 (1). Dans l'espèce de l'arrêt, le mariage, contracté en 1777, avait été tenu *secret*, et après la mort de la femme, le mari demanda la nullité des actes faits par celle-ci, faute par elle d'avoir été autorisée. Sa prétention fut rejetée, et celle de la femme l'aurait probablement été par le même motif. Au reste, la solution de la question dépend beaucoup des faits et des circonstances.

464. Si la femme a formé une action, ou a interjeté appel, ou s'est pourvue en cassation, sans être autorisée, il n'y a pas lieu, pour l'autre partie, de demander la nullité, attendu qu'aucune loi ne la fait résulter, en faveur des tiers, du défaut d'autorisation : ce n'est qu'en faveur de la femme, du mari, ou de leurs héritiers, qu'elle est introduite (article 225) (2). Mais comme il ne serait pas juste que la partie adverse fût ainsi contrainte de subir les chances de la nullité de la procédure, ainsi que des jugemens qu'elle obtiendrait, il y a lieu à surseoir sur sa demande jusqu'à ce que la femme se soit pourvue de l'autorisation nécessaire (3).

465. La femme qui veut agir en *demandant*, soit en matière civile ou commerciale, soit en matière

(1) Sirey, 1809, 1, 43. *Voy* Pothier, *ibid* n° 28.

(2) Cela est important, à cause des interruptions de prescriptions, qui seraient réputées non avenues si la procédure était nulle. (Art. 2247.)

(3) *Voyez* un arrêt de la Cour de cassation, qui a jugé en ce sens le 22 octobre 1807. Sirey, 1808, 1, 127.

criminelle ou de police, doit donc, si son mari ne l'autorise pas volontairement, lui faire une sommation, et, sur le refus par lui fait, présenter requête au président du tribunal (1), qui rend une ordonnance portant permission de citer le mari à jour indiqué à la chambre du conseil, pour déduire les causes de son refus. (Art. 861, Code de procéd.)

Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, il est rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statue sur la demande de la femme. (Art. 862, *ibid.*)

466. Mais lorsque celle-ci est appelée en justice en *défendant*, l'action du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari, ni paralysée par elle : en conséquence, celui qui assigne la femme doit en même temps assigner le mari pour l'autoriser; et si celui-ci ne comparaît pas, ou refuse, le tribunal saisi de la demande supplée l'autorisation maritale. Il doit le faire, ainsi que nous venons de le dire, lors même qu'il serait tribunal d'exception, par exemple, tribunal de commerce.

467. Comme il suffit *du concours du mari dans l'acte* pour autoriser valablement la femme, on doit conclure de là que le mari qui poursuit sa

(1) C'est celui du domicile conjugal. Mais lorsque la femme est *défenderesse*, un tribunal, même d'exception, peut donner l'autorisation, ainsi que l'a décidé un arrêt de cassation du 17 août 1813 (Sirey, 1813, 1, 444), par une juste application de l'article 218 qui entend évidemment parler du juge saisi de la contestation.

femme est censé, par cela seul, l'autoriser à se défendre (1).

On ne peut argumenter, contre cette décision, de ce que l'article 878 du Code de procédure dit que le président *autorisera* par son ordonnance la femme à procéder sur la demande en séparation de corps, pour en conclure, en principe, que l'autorisation est nécessaire à la validité de la procédure aussi bien lorsque la femme est défenderesse que lorsqu'elle est demanderesse. Elle était nécessaire dans ce dernier cas; et comme elle ne pouvait être qu'utile dans le premier, les rédacteurs de cet article, qui contient plusieurs dispositions, n'ont pas dû en embarrasser davantage la rédaction par une distinction sans importance dans le cas dont il s'agissait.

468. Il résulte de ce qui précède, qu'un jugement obtenu contre une femme demanderesse ou défenderesse, mais non autorisée, ne peut passer en force de chose jugée, puisque la procédure étant nulle et la signification du jugement l'étant également, le délai d'appel n'a pas couru. Il peut donc toujours en être interjeté appel par la femme dûment autorisée. Si le jugement est en dernier ressort, la femme a la voie de la requête civile pour violation d'une forme exigée à peine de nullité. (Art. 480, n° 2, Cod. de procéd.) (2)

---

(1) Jugé en ce sens par la Cour de Colmar, le 14 janvier 1812 (Sirey, 1812. 2, 442), et par la Cour de Nancy. (*Ibid.*, pag. 443.)

(2) La Cour de cassation, par son arrêt du 7 août 1815 (Sirey,

469. Quant aux actes du ministère des huissiers, mais qui ne mènent pas par eux-mêmes à un jugement, comme les protêts, les oppositions et autres actes extrajudiciaires, la loi n'interdit pas à la femme le droit de les faire sans être autorisée : ce n'est pas là *ester en jugement* (1). Mais lorsqu'il faudra assigner en garantie par suite du protêt, ou en validité pour donner effet à la saisie ou opposition, alors le principe sera applicable.

470. Voyons maintenant la capacité de la femme relativement aux conventions, aux aliénations et autres actes extrajudiciaires.

« La femme, porte l'art. 217 déjà cité, ne peut « donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre « gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans « l'acte, ou son consentement par écrit. »

« Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer « un acte, la femme peut faire citer son mari direc-

---

1815, 1, 346), a toutefois jugé que la femme non autorisée pouvait attaquer par voie de cassation le jugement rendu contre elle en dernier ressort, puisqu'elle a cassé l'arrêt, bien que le moyen n'eût pas été proposé en Cour d'appel; mais, en principe, lorsque la requête civile est ouverte, et dans l'espèce elle l'était, la Cour de cassation rejette le pourvoi tant que cette voie, plus révérentielle, n'a pas été épuisée, encore que la partie eût l'un et l'autre moyen.

(1) Aussi lui est-il formellement permis de faire faire la transcription d'une donation faite à son profit (art. 940), de prendre une inscription hypothécaire sur les biens de son mari (art. 2193) : elle le pourrait également sur les biens de tout autre. Elle peut toujours faire sa condition meilleure (art. 225 et 1125), et à plus forte raison simplement conserver ses droits.

« tement (1) devant le tribunal de première instance « du domicile commun, qui peut donner ou refu- « ser son autorisation, après que le mari aura été « entendu ou dûment appelé en la chambre du « conseil. » (Art. 219.)

471. L'autorisation du mari rend également la femme habile à contracter, à s'obliger envers un tiers, quoique l'obligation soit dans son intérêt : la maxime *nemo est auctor in rem suam* n'est point applicable à ce cas. Cette règle est faite pour le tuteur, qui laisserait en effet son pupille sans défense, s'il pouvait l'autoriser à traiter avec lui. L'incapacité de la femme est d'une nature différente : elle ne résulte que de la soumission que doit avoir celle-ci envers son mari ; et lorsqu'il l'autorise à s'obliger envers un tiers, le vœu de la loi est suffisamment rempli, peu importe que l'engagement de la femme soit en réalité contracté dans l'intérêt du mari. C'est ce qui a été jugé par arrêt de cassation, le 13 octobre 1812 (Sirey, 1813, 1, 143),

---

(1) Comme on l'a vu, il n'en est pas ainsi lorsque la femme veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits, c'est-à-dire agir en justice : elle doit, dans ce cas, faire une sommation à son mari qui refuse de l'autoriser, et présenter ensuite requête au président du tribunal, à l'effet d'obtenir la permission de citer son mari. (Article 861, Code de procédure.)

Il paraît cependant plus régulier de présenter requête sans sommation préalable, parce que le président fixe le jour où les parties comparaîtront en la chambre du conseil, nomme un rapporteur, et que d'ailleurs la requête tient lieu des qualités du jugement, ce qui ne peut se faire quand la femme assigne directement son mari.

qui a annulé une décision de la cour de Turin qui avait méconnu ces principes.

En effet, l'article 217 donne indistinctement à la femme le droit de pouvoir s'obliger avec l'autorisation de son mari, et les articles 218 et 219 lui confèrent la même capacité, pourvu qu'elle se conforme à leurs dispositions, c'est-à-dire, qu'elle obtienne l'autorisation de la justice.

De plus, l'article 1419 suppose que la femme qui contracte avec le consentement du mari s'oblige dans l'intérêt de celui-ci, puisque le créancier a l'action contre lui; et cette présomption légale est encore établie plus expressément dans l'article 1431, où il est dit que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution...... Il ne faut donc pas confondre, ainsi que le dit très bien l'arrêt de cassation, le cas où la femme s'oblige conjointement avec son mari envers des tiers, avec le cas où une femme contracte seulement une obligation personnelle envers son mari.

472. La Cour de Colmar a même jugé, le 8 décembre 1812, que l'autorisation du mari rendait la femme habile quant à l'aliénation de ses biens pour le tirer de prison; que l'article 1427 ne devait pas s'entendre en ce sens, que, pour ce cas, l'autorisation de la justice était absolument nécessaire; et la Cour de cassation, par arrêt du 8 no-

vembre 1814 (Sirey, 1815, 1, 113), a rejeté le pourvoi formé contre celui de la Cour de Colmar.

473. Mais, excepté les cas dans lesquels la loi, par une disposition spéciale, permet le contrat de vente entre époux (art. 1595), et peut-être quelques autres où la bonne foi ne saurait être révoquée en doute (1), on doit tenir pour principe que, lorsque l'affaire se passe uniquement entre le mari et la femme, celle-ci n'est pas valablement autorisée, si elle ne l'est par la justice. L'influence du mari est, en effet, bien plus à craindre; il a bien plus de motifs encore de l'exercer, et même d'employer des moyens illicites pour contraindre sa femme à se soumettre à sa volonté; il est réellement alors *auctor in rem suam*, puisqu'il n'agit que dans son seul intérêt en autorisant sa femme. La jurisprudence est aussi conforme à ces principes.

Une dame Gonin, *autorisée par justice*, à l'effet d'intenter une action en séparation de biens contre son mari, se désiste ensuite de toutes poursuites par un acte passé *sans autorisation de justice*, *mais avec le concours du mari;* bientôt après elle attaque son désistement : arrêt de la Cour d'appel de Lyon, qui annule le désistement comme surpris

---

(1) Tel est celui réglé par le décret du 17 mai 1809 (Bulletin, n° 4893), qui permet à la femme de constituer sur ses propres biens un majorat en faveur de son mari, avec la simple autorisation de celui-ci. Mais ces exceptions confirment la règle *exceptio firmat regulam*.

par dol à la femme Gonin, et comme donné *sans autorisation de justice.*

Pourvoi en cassation pour violation des articles 217, 218, 219 et 1451.

« La Cour, attendu qu'indépendamment des vio-« lens indices de dol personnel dont la Cour d'ap-« pel a déclaré entaché l'acte de désistement dont « il s'agit, aux termes de l'article 219, la femme en « puissance de mari doit être par lui, ou bien, à « son défaut, par la justice, autorisée à passer « *tous actes ;* que celui de désistement d'une in-« stance en séparation de biens, intentée par la « dame Gonin contre le demandeur, était de la na-« ture de ceux qui exigent une autorisation par la « justice, puisqu'elle avait déjà été autorisée par « elle pour la former : d'où il suit que l'omission « de cette formalité de rigueur affectait de nullité « un pareil désistement, et qu'elle n'aurait pu être « couverte par l'autorisation du sieur Gonin, qui « ne pouvait être *auctor in rem suam ;* rejette. » Du 14 février 1810. (Sirey, 1810, 1, 189). (1)

474. La règle que la femme mariée ne peut contracter sans l'autorisation de son mari, ou, à son

(1) Nous croyons l'un et l'autre arrêt de la Cour de cassation sur ces points très bien rendus. M. Delvincourt critique le dernier; il pense même que, par celui du 13 octobre 1812, la Cour est revenue à d'autres principes; mais il n'en est pas ainsi. Elle a, au contraire, bien soigneusement distingué le cas où la femme, en s'obligeant dans l'intérêt de son mari, contracte néanmoins avec un tiers, et le cas où l'affaire se passe entre les deux époux seulement.

défaut, sans celle de la justice, reçoit plusieurs limitations.

Elle en reçoit une première lorsque la femme est marchande publique, en ce sens du moins qu'elle n'a pas besoin d'une autorisation pour chaque engagement qu'elle souscrit :

« La femme, si elle est marchande publique, « peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger « pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, « elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté « entre eux.

« Elle n'est pas réputée marchande publique, si « elle ne fait que détailler les marchandises du com- « merce de son mari, mais seulement quand elle « fait un commerce séparé. » (Art. 220.)

Elle n'est, en effet alors, que la factrice de son mari; pour être valablement obligée, il faudrait qu'elle fût autorisée (1).

475. Mais il ne suffit pas, pour que la femme soit réputée marchande publique, qu'elle fasse un commerce séparé; il faut encore qu'elle le fasse avec l'autorisation de son mari. Cette autorisation, du reste, peut être expresse ou tacite : elle est tacite lorsque la femme fait le commerce au vu et au su de son mari. C'est là une question de fait, dont, en cas de contestation, les tribunaux sont juges souve-

---

(1) La femme qui tient en son nom un hôtel garni est réputée marchande publique. *Voyez* l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 21 novembre 1812. Sirey, 1813, 2, 269.

rains. Ils considèrent la fréquence des actes de la femme, leur nature; et comme ce sont de simples faits à établir, la preuve testimoniale serait admissible, à quelque somme que s'élevât la demande au sujet de laquelle naîtrait la question de savoir si, en effet, la femme a été tacitement autorisée à faire le commerce.

476. La femme mineure peut-elle faire le commerce avec la seule autorisation de son mari majeur, et être personnellement obligée pour les faits de ce commerce?

Vice versâ, lorsque le mari est mineur, peut-il rendre sa femme majeure habile à faire le commerce?

La première de ces questions a été jugée négativement par la Cour de Toulouse, le 26 mai 1821 (Sirey, 1822, 2, 38). La Cour s'est fondée sur ce que l'article 2 du Code de commerce exige l'autorisation du père, ou de la mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père ou de la mère, une délibération du conseil de famille dûment homologuée par le tribunal civil, laquelle autorisation doit être affichée au tribunal de commerce; que l'article 4 du même Code, en exigeant, quant aux femmes mariées, le consentement du mari, ne déroge point à l'article 2, qui est absolu, puisque le mariage n'a pour effet que d'émanciper la femme; que la loi n'a pu vouloir donner au mari la puissance d'autoriser

ainsi sa femme à engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles, ce qui serait cependant la conséquence du système qui tendrait à la faire considérer comme marchande publique, par cela seul qu'elle a été autorisée par son mari à faire le commerce, si elle l'était valablement (art. 7 du même Code). En conséquence, la Cour a déchargé la femme, assignée en temps de majorité, de l'obligation d'acquitter le montant d'une lettre de change qu'elle avait souscrite en minorité.

477. L'on doit dire, d'après cela, que le mari, quoique majeur et commun en biens, ne serait pas tenu des faits du négoce de sa femme mineure. Cependant cette décision ne devrait point s'appliquer au cas où le mari aurait *expressément* autorisé sa femme à faire l'acte : il y aurait, dans ce cas, contre lui, une action à l'instar de celle que, en Droit romain, on appelle *quod jussu.* Cela devrait être ainsi, d'après l'article 1419, s'il y avait communauté, et même, d'après ce que nous dirons au n° 480, s'il y avait exclusion de communauté. Sous les autres régimes, la décision de la question pourrait dépendre des circonstances, et surtout de la nature de l'autorisation. Mais, en général, l'autorisation n'oblige pas le mari; elle le rend simplement non-recevable à attaquer l'acte de la femme.

478. La seconde question doit également être décidée par la négative : le mari mineur ne peut autoriser sa femme, même majeure, à faire le com-

merce. Il n'en est pas, sous le Code, comme dans l'ancien Droit, suivant lequel l'autorisation n'étant exigée que *propter reverentiam marito debitam*, le mari mineur pouvait valablement la donner quand il ne s'agissait que d'actes extrajudiciaires (1). Aujourd'hui elle a, de plus, pour objet de conférer à la femme la capacité qu'elle a perdue par le mariage; et il a paru conséquent que celui qui est lui-même incapable ne pût conférer cette capacité : donc le mari mineur ne peut autoriser sa femme, même majeure, à faire le commerce; il faut qu'elle s'adresse à la justice.

479. Comme ce n'est que pour ce qui concerne *son négoce* que la femme est réputée marchande publique, il suit de là que si elle cautionne un tiers dans une affaire qui n'est point relative à son commerce; si elle fait une opération, même de commerce; mais étrangère à *son négoce*; si elle transige sur des droits qui y sont étrangers, et autres cas semblables, elle n'est valablement obligée qu'autant qu'elle est autorisée.

480. Mais dans les affaires de son négoce elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux (art. 220 et 1426). Celui-ci profite des béné-

(1) Il ne le pouvait pour les procès, parce qu'il aurait eu besoin lui-même d'être autorisé. Au reste, dans les autres cas, il pouvait facilement se faire restituer contre son autorisation, et faire ainsi tomber l'acte de la femme; ce qui, de fait, la rendait presque incapable de contracter, à moins qu'elle ne recourût à l'autorisation judiciaire.

fices; il est juste qu'il soit tenu des charges. D'ailleurs, toutes les dettes légalement contractées pendant la communauté sont à sa charge : or, les dettes de la communauté sont celles du mari. (Art. 1419.)

Il devrait également être tenu des engagemens commerciaux de sa femme, s'il y avait entre eux régime d'exclusion de communauté, puisqu'il profite aussi, sous ce régime, des gains que fait celle-ci : il n'est, en effet, assujetti à lui rendre que ce qu'elle a apporté lors du mariage et ce qui lui est échu pendant son cours (art. 1530 et suiv.). Les bénéfices résultant de l'industrie commune sont assimilés aux fruits (art. 1498), et par conséquent ils restent au mari. On devrait en dire autant si les époux étaient mariés sous le régime dotal, et que tous les biens de la femme fussent dotaux. M. Delvincourt est aussi de cet avis.

Il est indifférent que la communauté soit légale ou modifiée par des conventions particulières. Le principe serait applicable aussi au cas de communauté réduite aux acquêts, parce qu'elle embrasse tous les gains résultant de l'industrie respective des époux (art. 1498). Il le serait même au cas où, par une clause du contrat de mariage, permise par l'article 1520, la communauté pourrait appartenir en totalité à la femme. Comme celle-ci peut toujours y renoncer (art. 1453), le mari, ce cas échéant, se trouvant avoir profité des bénéfices résultant du commerce de la femme, il doit remplir les engagemens commerciaux de celle-ci.

481. Il serait même obligé pour le total de la dette. L'article 1485, qui porte que le mari n'est tenu (après la dissolution de la communauté) que pour moitié des dettes personnelles à la femme, et qui étaient tombées à la charge de la communauté, ne serait point applicable, parce qu'il entend parler des dettes contractées avant le mariage, tandis qu'il s'agit ici de dettes contractées pendant son cours avec l'assentiment du mari, cas régi par l'article 1419.

La femme peut aussi être poursuivie pour le tout, nonobstant l'article 1487, suivant lequel la femme, même personnellement obligée pour une dette de communauté, ne peut être poursuivie que pour la moitié de ladite dette, à moins qu'il n'y ait solidarité; car cet article s'entend du cas où les deux époux se sont obligés conjointement : alors la femme est soumise à l'empire du Droit commun; au lieu que, dans l'espèce, elle s'est seule obligée, et elle l'est comme si, s'étant engagée conjointement avec son mari, elle s'était soumise à la solidarité.

482. Mais lorsqu'elle est contraignable par corps, la contrainte peut-elle être aussi prononcée contre le mari?

Nous avons décidé la question négativement au tome Ier de notre *Traité des Contrats*, n° 236 (1), où nous citons l'opinion de Pothier et de Jousse,

---

(1) *Voyez* aussi au tome XIV, du *Cours*, n° 251.

qui est contraire, mais opinion, selon nous, inadmissible dans le Droit actuel. On peut recourir à l'endroit cité pour apprécier nos raisons. La question a été jugée dans notre sens par la Cour de Lyon, le 26 juin 1822. Sirey, 1823, 2, 288.

483. Les billets souscrits par la femme commerçante sont censés fait pour son commerce, à moins qu'une autre cause n'y soit énoncée. (Art. 638, Code de commerce.)

484. Lorsque, sans être marchande publique, la femme est néanmoins dans l'usage de signer les factures et les billets de son mari, comme on le voit souvent quand il ne sait pas écrire, elle l'oblige valablement, *propter bonam fidem*. Elle est censée son fondé de pouvoir, elle lui tient lieu de facteur, elle est *quasi ejus institrix*. On est généralement d'accord sur ce point (1).

Mais elle ne s'oblige pas pour cela personnellement, car le facteur n'est point tenu des actes qu'il a faits relativement à sa gestion (2). Elle le serait cependant si l'engagement était fait au nom de l'un et de l'autre, ou en leur nom collectif, et que tel fût leur usage : dans ces cas, ils seraient obligés tous deux. Mais si elle a signé pour et au nom de son mari, ce dernier seul est obligé.

485. D'après ces principes, le mari, commer-

(1) Voir un arrêt de la Cour de cassation, du 25 janvier 1821. Sirey, 1821, 1, 177.

(2) *Voyez* Pothier, *des Obligations*, n° 448.

çant ou non, est tenu d'acquitter les fournitures et les provisions livrées de bonne foi pour les besoins de la maison. A cet égard, les tribunaux puiseraient la règle de leur décision dans la modération et l'utilité des achats, l'habitude de la femme de les faire, sa réputation d'économie, la fortune du mari, et les autres circonstances de la cause.

Dans ce cas aussi la femme n'est point non plus personnellement obligée, du moins généralement. Elle est censée avoir agi en vertu du mandat tacite de son mari : il n'y a non plus aucun doute sur ce point.

486. Au surplus, dans les cas mêmes où la femme non commerçante est obligée, elle n'est pas soumise à la contrainte par corps, quoique son mari y fût soumis, attendu que la contrainte ne peut être prononcée contre les femmes et les filles qu'autant qu'elles sont marchandes publiques, et qu'ici on suppose que la femme n'est point commerçante: elle ne fait que les affaires de son mari.

487. Une seconde modification que souffre le principe, c'est lorsque la femme est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit judiciairement. Dans ce cas elle peut, sans avoir besoin d'autorisation, passer des baux de ses biens (pourvu qu'ils n'excèdent pas neuf ans), recevoir ses revenus, en donner décharge, faire tous les actes d'administration, disposer de son mobilier, et l'aliéner. (Art. 1449 et 1536.)

488. Mais, à la faveur d'aucune stipulation, elle ne peut aliéner ses immeubles, ni les hypothéquer, sans une autorisation spéciale de son mari ou de justice (art. 1538). Il en serait de même, encore qu'elle fût séparée de corps. (Art. 1449). (1)

489. Le droit qu'a la femme séparée de biens, de les administrer, n'est pas restreint à la femme majeure; si elle est mineure, par le mariage elle a été émancipée : or, tout mineur émancipé peut passer des baux, recevoir ses revenus, en donner décharge et faire tous actes quelconques de simple administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où un majeur ne le serait pas lui-même. (Art. 481.)

490. Mais la femme majeure séparée de biens pouvant aliéner son mobilier et en disposer, peut par conséquent recevoir le remboursement de ses contrats de rente, qui sont aujourd'hui indistinctement des choses mobilières (art. 529), ainsi que celui de ses créances ou capitaux, et en donner valable décharge, sans être autorisée. Elle peut, par la même raison, vendre, céder, transporter ces objets. (Art. 1449.)

491. Elle ne peut toutefois faire des donations, même de choses mobilières (art. 905). La loi ne distingue pas entre les diverses espèces de biens. Le mari a un intérêt au moins moral à connaître le

(1) Voir le n° 453, *suprà*.

motif des donations que sa femme fait à des tiers. Ainsi la capacité d'aliéner le mobilier, attribuée à celle-ci par l'art. 1449, doit s'entendre des aliénations à titre onéreux.

492. La femme séparée de biens peut-elle, sans être autorisée, consentir des obligations personnelles, soit par billets, soit par acte authentique?

Nous avons agité cette question au tome Ier de notre *Traité des Contrats*, n° 240, et nous l'avons décidée par une distinction (1). Ainsi, avons-nous dit, quant aux obligations relatives à l'administration des biens, telles que celles que la femme souscrirait envers un charpentier ou tout autre ouvrier, ou pour achat de choses nécessaires à l'exploitation de ses propriétés, nul doute qu'elles ne soient valables, lors même que la femme les aurait consenties sans être autorisée : par conséquent l'exécution en pourrait être poursuivie, même pendant le mariage, sur tous les biens de la femme, meubles ou immeubles; car celui qui est valablement obligé l'est sur tous ses biens présens et à venir (art. 2092). C'est là une question de capacité personnelle plus que de disponibilité réelle.

Mais, pour les engagemens qui n'auraient point pour cause l'administration des biens, nous n'avons point reconnu dans la femme non autorisée, quoique séparée, la capacité de les former. Nos princi-

(1) *Voyez* aussi au tom. XIV du *Cours*, n° 428.

paux motifs ont été que la loi a bien pu lui permettre d'aliéner son mobilier, et d'en disposer, sans pour cela qu'elle ait entendu lui reconnaître la capacité de souscrire indéfiniment des obligations, attendu qu'*aliéner*, c'est se dépouiller actuellement, faire passer la propriété à un autre; qu'ainsi la femme ne pourra toujours disposer que de ce qu'elle aura dans le moment de l'aliénation, et qu'elle sera même très-circonspecte à le faire (1) : au lieu que la faculté de s'obliger embrassant l'avenir, la femme, par cela même beaucoup moins retenue, pourrait par quelques engagemens, même par un seul, consommer sa ruine, si elle ne possédait que du mobilier; que celui qui lui écherrait par la suite, par succession, ou autrement, serait le gage des créanciers; que les immeubles eux-mêmes n'étant plus, après le mariage, placés dans une catégorie particulière, se trouveraient aussi grevés en vertu de l'art. 2092 (2). Nous avons même poussé plus loin

---

(1) Elle sera, en effet, moins portée à aliéner qu'à s'obliger : voilà pourquoi la loi *Julia* permettait au mari de vendre le fonds dotal situé en Italie avec le consentement de la femme, tandis qu'elle lui défendait de l'hypothéquer même avec le consentement de celle-ci. On avait sagement pensé que la femme consentirait avec bien plus de facilité l'hypothèque que l'aliénation, qui la dépouille de suite; et comme l'hypothèque pouvait néanmoins conduire à ce résultat, la loi avait cru devoir protéger la femme contre sa trop grande facilité. De même, le sénatus-consulte Velléien n'empêchait point la femme d'aliéner pour autrui, de payer la dette d'un tiers, et il s'opposait cependant à ce qu'elle cautionnât ou garantit d'une manière quelconque l'exécution d'une obligation qui n'était pas la sienne.

(2) On a contesté la justesse de cet argument, par la raison, a-t-on dit, que la femme ne peut directement ni indirectement aliéner ses immeubles pendant le mariage. Nous répondons que si l'on décide

les conséquences de ce système, qui nous paraît plein de danger pour la femme, le mari, et surtout pour les enfans, et qui ne résulte que d'une confusion fautive, dans ce cas, de l'aliénation avec le pouvoir illimité de consentir des obligations; choses qui sont cependant différentes, quoique ordinairement elles dérivent du même principe, la capacité.

La Cour de Rouen avait décidé, comme nous, le 12 juillet 1817, que la femme séparée de biens n'a pas la capacité de s'obliger indéfiniment, sans être autorisée, et pour des causes étrangères à l'administration de ses biens, quoique l'article 1449 lui reconnaisse le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner; en conséquence, elle avait annulé l'obligation.

L'arrêt, déféré à la Cour de cassation, a été cassé le 18 mai 1819 (Sirey, 1819, 1, 339), par ces motifs : « Attendu qu'aux termes de l'article 1449, « la femme séparée de biens en reprend la libre ad- « ministration; qu'elle peut disposer de son mobi- « lier et l'aliéner sans l'autorisation de son mari ;... « que tout ce qui pouvait être exigé du demandeur, « c'est qu'il ne pût poursuivre l'exécution de la « condamnation qu'il sollicitait que sur le mobilier

---

que la femme est valablement obligée, elle sera tenue, au moins après le mariage, même sur ses immeubles, puisqu'ils ne sont plus protégés par aucune loi. Ce ne sont point les immeubles que la femme a aliénés pendant le mariage : elle a souscrit une obligation que l'on prétend valable; donc cette obligation doit s'exécuter sur tous les biens *aliénables :* or, les immeubles sont aliénables après la dissolution du mariage.

« et sur les revenus des immeubles (1) de sa débi-
« trice, et qu'il s'y était surabondamment soumis;
« que la Cour royale n'a pu restreindre, comme
« elle l'a fait, l'application de l'article 1449, sans
« ajouter à ses dispositions, sans commettre un ex-
« cès de pouvoir, et sans que, par suite, ce ne soit
« une violation ouverte. »

Mais, renvoyée à la Cour de Paris, l'affaire a été jugée en audience solennelle, et sur les conclusions conformes du ministère public, dans le même sens que par celle de Rouen (2). La Cour a reconnu que, dans l'esprit de l'article 1449, *aliéner* et *s'obliger* ne sont point la même chose. Les parties ont ensuite transigé.

Ainsi, comme on le voit, la jurisprudence n'est point encore fixée sur cette importante question, qui peut se présenter journellement.

493. La femme, en général, s'oblige aussi valablement par ses délits et quasi-délits. (Art. 216 et 1424.)

Si les époux sont mariés en communauté, et que la condamnation soit à une peine emportant mort civile, les amendes et les condamnations civiles s'exécutent sur les biens personnels de la femme et sur sa part dans la communauté. (Article 1425.)

Si la peine n'emporte point mort civile, les

(1) Le mariage subsistait encore.
(2) L'arrêt est du 7 août 1820. Sirey, 1820, 1, 315.

condamnations et amendes ne se poursuivent que sur la nue-propriété des biens de la femme, tant que dure la communauté. (Art. 1424.)

Il en doit être de même si les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté. Le mari perçoit tous les produits des biens de sa femme pendant le mariage (art. 1530 et suiv.)... (ou jusqu'à la séparation de biens), et sa jouissance ne doit point être diminuée par les délits de celle-ci.

Si les époux sont séparés de biens, ou, si étant mariés sous le régime dotal, la femme a des paraphernaux, les condamnations s'exécutent sur la toute-propriété de ces mêmes biens, et sur la nue-propriété seulement des biens dotaux tant que dure le mariage; par conséquent, sur tous les biens indistinctement, si la condamnation est à une peine emportant mort civile.

494. Si, en contractant avec quelqu'un qui ne la connaît pas personnellement, la femme prend un faux nom, ou si, en traitant avec une personne de qui elle est même connue, elle produit un faux acte d'autorisation, un faux acte de décès de son mari, ou un faux acte de divorce, elle se rend coupable d'escroquerie ou de faux, suivant les différens cas, et elle est personnellement obligée comme si elle avait été autorisée. Il en est d'elle, et à plus forte raison, comme du mineur : la *simple* déclaration de majorité n'est point un obstacle à la restitution de celui-ci; la loi ne voit là qu'un men-

songe, qu'elle traite avec indulgence, pour ne pas rendre illusoire la protection qu'elle accorde aux mineurs contre leur faiblesse et leur inexpérience; mais elle ne prête jamais son appui à la fraude.

495. Au reste, comme nous l'avons dit précédemment (1), la simple déclaration que ferait une femme, en traitant, qu'elle est fille ou veuve, sans l'emploi d'aucun moyen frauduleux pour persuader celui avec qui elle contracterait, ne la rendrait pas non-recevable à attaquer son engagement (2), à moins qu'elle ne fût connue dans le lieu où elle traiterait que sous la qualité qu'elle se serait donnée, et qu'il n'eût pas été possible au tiers de s'assurer de sa qualité réelle (3). Il en serait de même si la femme se croyait veuve lorsqu'elle ne l'était pas; elle ne pourrait non plus attaquer son engagement, et le mari ne le pourrait pas davantage (4).

496. La femme mariée peut aussi s'obliger par quasi-contrats, mais avec plusieurs distinctions.

Le Code, au titre *des Engagemens qui se forment sans convention*, ne parle que de deux quasi-con-

---

(1) N° 462, pour les procès.

(2) Pothier, *de la Puissance maritale*, n° 54. S'il en était autrement, dit-il, la puissance maritale deviendrait illusoire dans une foule de cas. Le tiers devait connaître la condition de celle avec laquelle il traitait : *Qui cùm aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit.*

(3) Pothier, *ibid.* Il fonde sa doctrine sur la célèbre loi BARBARIUS PHILIPPUS, 3, ff. *de Officio prætoris*, d'où les jurisconsultes ont déduit la maxime si connue, *error communis facit jus.*

(4) Pothier, *ibid.*, n° 28, et *suprà*, n° 463.

trats : la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et le paiement reçu indûment. Cependant il y en a encore trois autres, du moins dans les principes du Droit romain et dans la doctrine : la gestion de tutelle, qui est mise par le Code au nombre des engagemens qui se forment sans convention ; l'acceptation d'une succession ; et l'administration d'une ou plusieurs choses communes.

497. Quant à *la gestion d'affaires*, si la femme a géré les affaires d'autrui sans être autorisée à cet effet par son mari, elle n'est d'abord point tenue envers les tiers à raison des obligations qu'elle a contractées envers eux dans sa gestion ; sauf à ceux-ci leur recours contre le propriétaire, jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi par l'effet de ces engagemens. Si elle a mal administré, le mari qui aurait connu l'administration, et qui l'aurait soufferte, pouvant l'empêcher, pourrait, selon les circonstances, être personnellement tenu. La femme serait aussi tenue, comme d'un quasi-délit, surtout s'il y avait faute grave de sa part.

Si ce sont les biens de la femme qui ont été administrés par un tiers sans mandat, le gérant n'aura contre elle d'action en indemnité que jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité de sa gestion. Tel est d'ailleurs le droit commun en matière de gestion d'affaires.

498. Si la femme a accepté un mandat sans être autorisée, le mandant n'a aussi action contre elle

que jusqu'à concurrence de ce dont elle s'est enrichie par l'effet du mandat (art. 1990 et 1312, combinés). Mais, *vice versâ*, si elle a fait des déboursés, son action pour les répéter est entière. (Art. 225 et 1125.)

Toutefois, la gestion ne devrait point être scindée : on ne devrait la considérer que dans son ensemble. L. 11, ff. *de Negot. gestis*, par argument.

499. Pour *le paiement reçu indûment*, si la femme l'a reçu avant le mariage, elle a été obligée à la restitution, et cette obligation s'est continuée. Si elle l'a reçu pendant le mariage, elle a dû être autorisée à le recevoir, et par conséquent elle n'est point tenue à la restitution, à moins qu'elle n'en ait profité; auquel cas le réclamant, en prouvant qu'elle s'est enrichie par ce paiement, la fera condamner à restituer jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité. (Art. 1312.)

500. Voyons quant à la *gestion de tutelle*. La femme mariée ne peut être tutrice que dans trois cas : 1° de ses enfans d'un précédent mariage, et son second mari devant être nommé son co-tuteur (art. 396), l'acceptation de celui-ci vaut autorisation; 2° lorsqu'une ascendante a été nommée tutrice par le dernier mourant des père et mère, ce qui a pu avoir lieu d'après la combinaison des articles 401 et 442-n° 3; et 3° lorsqu'elle l'a été par le conseil de famille, dans le cas où son époux était incapable ou excusé, ou qu'elle est remariée; et

dans les deux derniers cas elle a besoin, pour exercer la tutelle, du consentement de son mari, ou, à son défaut, de l'autorisation de justice.

501. *L'acceptation d'une succession* ne peut avoir lieu par une femme mariée, qu'autant que celle-ci est autorisée. (Art. 776.)

502. Enfin, pour le quasi-contrat *de choses communes*, ou la femme a fait l'opération qui a produit l'obligation avant le mariage, ou elle l'a faite pendant le mariage : dans la première hypothèse, l'obligation a été valablement formée, et elle s'est continuée; dans la seconde, l'on doit appliquer ce qui vient d'être dit sur la gestion d'affaires.

503. La femme peut tester sans l'autorisation de son mari (art. 226). Le testament doit être l'ouvrage du testateur seul : *Nam satis constanter veteres decreverunt*, TESTAMENTORUM JURA IPSA PER SE FIRMA ESSE OPORTERE, NON EX ALIENO ARBITRIO PENDERE. L. 32, *princip.*, ff. *de Heredib. instituend.* Le testament n'aura d'ailleurs effet qu'à une époque où la puissance maritale n'existera plus, après la mort de la femme. Néanmoins, anciennement, dans quelques pays, notamment en Bourgogne, la femme avait besoin du consentement de son mari pour faire un testament valable; ce qui était contraire à tous les principes.

§ IV.

De l'autorisation de la justice.

504. Indépendamment des cas où le mari refuse d'autoriser sa femme, et que nous avons expliqués, celle-ci, dans plusieurs circonstances, est obligée de recourir à la justice pour pouvoir ester en jugement ou contracter.

« Ainsi, porte l'article 224, lorsque le mari est « mineur, l'autorisation du juge est nécessaire. » Celui qui est incapable ne peut habiliter un incapable comme lui (1).

505. Mais la disposition de cet article ne s'entend pas en ce sens, que la femme dont le mari est mineur a toujours besoin, pour contracter, de l'autorisation de la justice; elle s'entend uniquement en ce sens que, lorsque l'autorisation est nécessaire, c'est à celle du magistrat que la femme doit recourir.

D'après cela, la femme, même mineure, peut, si elle est séparée de biens, ou si, étant mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux, toucher ses revenus et en donner décharge, passer des baux dont la durée n'excède pas neuf ans, et faire tous actes de pure administration, sans avoir besoin d'autorisation; car par le mariage elle est émancipée : or, le mineur émancipé peut faire

---

(1) *Voyez* le n° 478, *suprà*.

tous les actes ci-dessus. (Art. 481, 1449 et 1556, analysés et combinés.)

Dans le même cas de séparation de biens, si elle est majeure, elle n'a non plus nullement besoin, quoique son mari soit mineur, de recourir au magistrat pour recevoir ses capitaux et en donner décharge, les céder, transporter, en un mot disposer de son mobilier et l'aliéner (art. 1449, 1556). L'article 224 n'est donc point applicable à ces objets.

Mais si elle est mineure, quoique séparée de biens, elle n'est dispensée d'obtenir l'autorisation judiciaire, pour pouvoir faire les actes qui excèdent les bornes de l'administration, qu'avec la distinction suivante :

Si son mari est majeur, comme il lui tient lieu de curateur (1), il peut valablement l'autoriser dans les actes du mineur émancipé, où la loi ne requiert que la simple assistance du curateur. En conséquence, avec cette assistance, la femme pourra recevoir ses capitaux, en donner décharge, les transporter (2), et faire à cet égard tout ce que

---

(1) Cette proposition est démontrée par l'article 2208, analysé.

(2) Ceci reçoit une limitation relativement aux inscriptions et promesses d'inscriptions sur le grand livre de la dette publique, excédant cinquante francs de rente. La loi du 24 mars 1806 (Bulletin, n° 1440) ne permet au mineur émancipé de transférer, avec la seule assistance de son curateur, ses inscriptions, qu'autant qu'elles n'excèdent pas cinquante francs de rente. Dans le cas contraire, il faut l'autorisation du conseil de famille.

Les dispositions de cette loi ont été étendues aux actions de la Banque de France appartenant à des mineurs. Décret du 25 septembre 1813. Bulletin, n° 2737. Nous reviendrons plus tard sur cet objet.

peut faire un mineur émancipé dûment assisté (art. 482); elle pourra aussi, assistée de son mari, défendre à une action immobilière, même l'intenter (*Ibid.*), et défendre à l'expropriation forcée de ses immeubles (art. 2208). Si le mari ne veut pas l'assister, il lui sera nommé un tuteur *ad hoc* (*Ibid.*) pour la défendre; dans les actions mobilières, et pour les autres objets, la simple autorisation du juge lui suffira.

Mais si le mari aussi est mineur, comme il ne peut attribuer à sa femme une capacité qu'il n'a pas, l'expropriation forcée des immeubles de celle-ci doit être aussi poursuivie contre un tuteur *ad hoc*, qui lui est nommé par le tribunal (*Ibid.*); et pour tous les autres actes qui excèdent la capacité du mineur émancipé, même assisté, l'autorisation judiciaire sera nécessaire (1), sans préjudice de celle du conseil de famille, dans les cas où elle est requise, et dont la première ne sera alors que l'homologation.

506. « Lorsque le mari est interdit ou absent, « le juge peut, en connaissance de cause, autoriser « la femme, soit pour ester en jugement, soit pour « contracter. » (Art. 222.)

Il n'est pas nécessaire, pour cela, que l'absence

---

(1) Mais comme le mari, quoique mineur, a néanmoins la puissance maritale sur la personne de sa femme, et que l'autorisation du juge n'a pour objet que de suppléer à l'incapacité résultant de sa minorité, il est dans l'ordre qu'il soit consulté par le magistrat.

soit déclarée; l'article 863 du Code de procédure prévoit et régit les deux cas : celui d'absence présumée, et celui d'absence déclarée (1). Il peut même se présenter des cas où l'existence du mari ne serait l'objet d'aucun doute, où, par conséquent, il ne serait point en présomption d'absence, et cependant qu'étant fort éloigné, ou mis au secret comme prévenu de crime, il serait néanmoins urgent d'autoriser la femme, même dans l'intérêt du mari. Nous croyons que l'autorisation pourrait être valablement donnée par le magistrat; mais il ne saurait apporter trop de circonspection à l'accorder. Il ne faut pas que la femme profite de la non-présence du mari, d'un voyage qu'il a été dans la nécessité de faire, pour éluder la puissance maritale.

Au reste, si la loi déroge à la règle générale lorsque le mari est interdit, en ce sens que le juge peut donner l'autorisation sans l'appeler, elle n'y déroge point lorsqu'il est simplement placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit (art. 499) ou prodigalité (art. 513) : alors c'est au mari à donner l'autorisation, sauf, s'il la refuse, à recourir à la justice, lui dûment appelé. Cette décision n'est sans doute guère en harmonie

---

(1) *Voyez* tom. I, le n° 388, note. Dans le cas d'absence déclarée, la femme joint à la requête l'expédition du jugement de déclaration d'absence; dans celui d'absence présumée, elle joint le jugement qui a ordonné l'enquête, ou s'il n'y a pas encore eu d'enquête, un acte de notoriété attestant l'absence.

avec le principe, que celui qui est incapable ne peut conférer à un autre une capacité qu'il n'a point : mais la loi est formelle; elle ne fait exception que pour l'interdit : or, l'individu dont il s'agit n'est point interdit.

507. « Lorsque le mari est frappé d'une con-« damnation à une peine afflictive ou infamante, « encore qu'elle n'ait été prononcée que par contu-« mace (1), la femme, même majeure, ne peut, « pendant la durée de la peine, ester en jugement, « ni contracter (2), qu'après s'être fait autoriser « par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'auto-« risation, sans que le mari ait été entendu ou ap-« pelé. » (Art. 222.)

Quand la peine simplement *infamante* sera celle du bannissement, la disposition de l'article ci-dessus recevra facilement son application, parce que cette peine a une *durée* limitée (art. 32, Cod. pén.), et que ce n'est que pendant la durée de la peine que l'autorisation de la justice est nécessaire à la femme. Il la recevra également dans le cas de condamnation par contumace à la peine de la dégra-

---

(1) Mais quand il reparaît en justice, il recouvre l'exercice de tous ses droits.

(2) Sauf, bien entendu, les limitations relatives à la femme séparée de biens; et si, lors de la condamnation, la femme était déjà marchande publique, nous ne croyons pas qu'elle eût perdu, par le fait de cette condamnation, la capacité de continuer son négoce, et de faire, sans autorisation de la justice, tous les actes qui y sont relatifs.

dation civique, attendu qu'aux termes de l'article 465 du Code d'instruction criminelle, le contumax étant privé de l'exercice de ses droits, il ne peut autoriser sa femme. Mais lorsque cette condamna- est contradictoire, l'article 221 est inapplicable, puisque la peine de la dégradation civique n'a pas de *durée* déterminée. Sans doute, l'infamie est perpétuelle si le condamné n'est réhabilité; mais, précisément, puisqu'on n'exige l'autorisation du juge que pendant *la durée de la peine*, il semble que l'on n'a pas eu égard à la durée de l'infamie; autrement le condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion serait inhabile, même après avoir subi sa peine, à autoriser sa femme, puisqu'il n'est point, pour cela, affranchi de l'infamie tant qu'il n'a point été réhabilité. Aurait-on, en effet, par ces mots, *pendant la durée de la peine*, entendu non-seulement la durée de la détention, mais encore le temps qui s'écoulera jusqu'à la réhabilitation? C'est peu probable, puisqu'il eût autant valu dire que l'incapacité du condamné, à l'effet d'autoriser sa femme, serait perpétuelle, laissant le cas, très-rare, de réhabilitation sous l'empire du Droit commun. D'ailleurs, puisque le condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion n'est interdit que pendant la durée de la peine (art. 29, Cod. pén.); qu'il peut, après l'avoir subie, faire les actes de la vie purement civile, sauf les restrictions apportées par la loi, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait autoriser sa femme à les faire, et par con-

séquent pourquoi l'article 221 lui serait applicable : or, s'il ne lui est point applicable, quoiqu'il soit encore infâme, il ne l'est pas davantage à celui qui a été condamné à la peine de la dégradation civique.

M. Delvincourt est d'un avis contraire : ces mots *pendant la durée de la peine* paraissent, dit-il, au premier coup d'œil, une addition inutile; car, d'un côté, toute peine afflictive est infamante; et, d'un autre côté, l'infamie accompagne le coupable pendant toute sa vie. Il paraît donc, ajoute-t-il, devoir résulter de là que le mari ne peut plus désormais autoriser sa femme, à quelque époque que ce soit, à moins qu'il n'ait été réhabilité, parce qu'alors il recouvre la puissance maritale, et, par suite, la capacité d'autoriser sa femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

Mais, indépendamment de ce que le sens naturel de ces mots n'est pas celui que leur donne M. Delvincourt, il nous semble que ce jurisconsulte ajoute beaucoup à la disposition de l'article 29 du Code pénal, qui ne frappe d'interdiction légale le condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, que pendant la durée de la peine; ce qui est exclusif de toute idée que son incapacité doit durer toute sa vie. Assurément il peut, après l'avoir subie, ester par lui-même en jugement, ce droit n'étant interdit qu'au mort civilement; il peut faire des contrats, et nulle part il n'est dit qu'il a perdu la puissance maritale. Voici les incapacités dont il était frappé d'après le Code pénal de 1810

(art. 28) : « Il ne pourra jamais être juré ni expert, « ni étre employé comme témoin dans les actes, ni « déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens.

« Il est incapable de toute tutelle et curatelle, si « ce n'est de ses enfans, et seulement sur l'avis de « la famille.

« Il est déchu du droit de port d'armes et du « droit de servir dans les armées du royaume (1). »

Ainsi, l'on ne dit pas que sa femme n'est point obligée de le suivre, tant que, en vertu des articles 232 et 306, elle n'a point fait prononcer la séparation de corps; l'on ne dit pas davantage qu'il n'a plus l'administration et même la jouissance de ses biens, ni qu'il est privé de l'usufruit légal de ceux de ses enfans, ni du droit de consentir au mariage de ces derniers, ou de l'empêcher, etc., etc. Or, si sa femme est obligée de le suivre tant qu'elle n'a pas fait prononcer la séparation de corps, s'il continue à jouir de ses biens et à les administrer selon la nature du régime matrimonial qu'il a adopté, c'est donc qu'il a encore sur elle la puissance maritale.

508. Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, même avec l'autorisation de

---

(1) D'après la loi du 28 avril 1832, modificative du Code pénal actuel, la condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion, ou au bannissement, emporte la dégradation civique. Les effets de la dégradation civique sont énumérés dans l'art. 34 du Code pénal, et au nombre de ces effets la perte de la puissance maritale n'est point comprise.

la justice, ne sont point exécutoires sur les biens de la communauté, et ils n'engagent en aucune manière ces biens tant qu'elle subsiste. Cependant, indépendamment des cas où la femme est marchande publique, et qu'elle traite pour affaire concernant son négoce (art. 220 et 1426), la règle reçoit deux exceptions :

1° Lorsque l'engagement a été contracté pour tirer le mari de prison ;

2° Lorsqu'il a eu lieu pour l'établissement des enfans communs.

Mais, même dans ces deux cas, il faut, pour que les biens de la communauté soient engagés par le contrat de la femme, qu'elle ait été autorisée par la justice, lorsqu'elle ne l'a pas été par son mari. (Art. 1427.)

Hors ces cas, le créancier qui aurait contracté avec la femme, même autorisée de justice, ne pourrait se faire payer sur les biens de la communauté, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce dont elle se trouverait avoir profité du contrat de la femme (art. 1312), sauf à lui à se pourvoir pour le surplus sur la nue propriété des biens de celle-ci pendant la communauté, et sur tous ses biens après sa dissolution. (Argum. des art. 1410 et 1424.)

Mais lorsque la femme a été autorisée par le mari à s'obliger, celui-ci, ainsi qu'elle, se trouve personnellement tenu, s'il y a communauté entre eux (art. 1419); et la femme elle-même l'est pour le tout si elle s'est seule obligée (*ibid.*), ou si, étant obligée

conjointement avec son mari, elle s'est soumise à la solidarité. (Art. 1487.)

§ V.

Effet du défaut d'autorisation.

509. Dans l'ancienne jurisprudence, le défaut d'autorisation produisait une nullité absolue, qui pouvait être invoquée aussi bien par celui qui avait traité avec la femme, que par elle et son mari; du moins tel était le sentiment commun des auteurs. Aujourd'hui la nullité est seulement relative : elle ne peut être invoquée que par la femme, le mari, ou leurs héritiers (art. 225), sans que ceux qui ont traité avec elle puissent prétendre n'être pas valablement obligés. (Art. 1125.)

510. Nous croyons que l'exception résultant du défaut d'autorisation est tellement personnelle à la femme, au mari, ou à leurs héritiers qui les représentent, que celui qui a cautionné la femme ne pourrait l'invoquer. Dans l'ancienne jurisprudence, on convenait généralement que le cautionnement de l'obligation de la femme qui s'était engagée pour autrui au mépris du sénatus-consulte Velléien était nul dans les pays où ce sénatus-consulte était en vigueur; mais quant à celui de la dette de la femme en pays coutumiers, dans lesquels ce sénatus-consulte n'était point observé (1),

(1) Il était en vigueur dans la Normandie, quoique pays coutumier.

les uns, tel que Pothier (1), appliquaient indistinctement au cautionnement de l'obligation de la femme la disposition du droit romain, portée seulement pour les cas prévus par le sénatus-consulte, et ils lui donnaient ainsi une extension que cette législation n'avouait point; car, suivant le sénatus-consulte, le fidéjusseur qui avait cautionné l'engagement de la femme obligée pour autrui pouvait bien faire valoir l'exception que la femme pouvait elle-même invoquer (2); mais celui qui avait cautionné l'obligation que la femme avait contractée dans son propre intérêt était valablement obligé. Ces jurisconsultes s'étaient déterminés par la considération que l'obligation de la femme non autorisée étant nulle et de nul effet, elle n'était par conséquent susceptible d'aucun cautionnement valable. D'autres, comme Domat (3), soutenaient, au contraire, que le cautionnement était très valable, encore que l'obligation de la femme pût être annulée. Cette opinion avait été confirmée par plusieurs arrêts rendus par le parlement de Bourgogne et par d'autres parlemens. Il nous semble qu'elle ne peut souffrir aujourd'hui de difficulté, puisque l'article 2012 porte que « on peut néanmoins cau-

(1) *Traité des Obligations*, n° 395.

(2) L. 7, § 1, ff. *de Exceptionib. præscript. et præj.*

(3) Lois civiles, *des Cautions*, sect. 1, n° 3, où il dit que le cautionnement de l'obligation d'une femme mariée, dans certains pays coutumiers où elle ne pouvait pas s'obliger, même avec le consentement de son mari, n'est pas moins valable, quoique l'obligation principale soit absolument nulle. Pothier combat Domat en ce point.

« tionner une obligation, encore qu'elle pût être « annulée par une exception purement person- « nelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de mi- « norité; » car cet article ne donne que comme *exemple* le cas de minorité, ce qui prouve qu'il y en a d'autres. Or, d'après les articles 225, 1124 et 1125, il n'est pas douteux que celle de la femme non autorisée ne soit de ce nombre. D'ailleurs, comme le dit Domat, il est à croire que la caution a voulu garantir à tout événement l'exécution de l'engagement principal, et que c'est en vue de l'incapacité de la femme que le créancier a exigé le cautionnement. Ajoutez que, sous le Code, l'action en nullité de l'obligation de la femme ne dure que dix ans, à partir de la dissolution du mariage, comme celle en rescision du mineur ne dure que le même temps, à partir de la majorité; ce qui prouve que le législateur a voulu les assimiler, du moins dans leurs principaux effets. Au lieu qu'anciennement, comme on tenait pour nulle l'obligation de la femme non autorisée, la nullité ne se couvrait point par le laps de dix ans : il en fallait trente. Il résulte donc des nouveaux principes, que l'opinion de Pothier, fondée uniquement sur ce qu'une obligation nulle n'est susceptible d'aucun cautionnement valable, n'est plus admissible ajourd'hui, lors même qu'elle eût été bien fondée dans l'ancienne jurisprudence : car la nullité n'est plus absolue comme elle l'était jadis : elle est purement relative, elle n'engendre par conséquent qu'une exception personnelle, et n'em-

pêche point que le cautionnement ne soit valable, d'après l'article 2012 précité.

511. Nous avons décidé au n° 243 de notre *Traité des Contrats*, que le donateur ne peut, pour demander la nullité de la donation, se prévaloir de ce que la femme mariée, qui l'a d'ailleurs acceptée expressément, n'avait point été autorisée. Comme nous y avons traité la question avec les développemens qu'elle comporte, on peut y recourir pour voir les raisons sur lesquelles nous fondons notre opinion, qui est aussi celle de M. Toullier, mais non celle de M. Delvincourt. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point, au titre *des Donations*, en expliquant le sens véritable de l'article 934 combiné avec les articles 217, 225 et 1125.

Quant à l'acceptation d'un legs fait sans charges, il ne peut y avoir de difficulté : la femme peut toujours faire sa condition meilleure. D'ailleurs, comme après la mort du testateur le legs est irrévocable, la question est sans intérêt, puisque, à supposer que l'acceptation de la femme fût nulle, elle en pourrait toujours faire une régulière, ainsi que ses héritiers.

512. Mais de ce que ce moyen de nullité est personnel à la femme, au mari, ou à leurs héritiers, il n'en faut pas conclure, avec M. Toullier, que les créanciers de la femme n'auraient pas le droit de le faire valoir : ce n'est pas là un droit *exclusive-*

ment attaché à la personne, comme le prétend cet auteur, puisqu'il est transmissible aux héritiers. Il est personnel comme celui du mineur, droit que, pour cette cause, la caution ne peut faire valoir (art. 2012); il est personnel en ce sens, que la partie qui a contracté avec la femme non autorisée, ainsi que les cautions de l'une ou de l'autre, ne peuvent se prévaloir du défaut d'autorisation : mais voilà tout. Enfin, la preuve qu'il n'est pas un de ces droits exclusivement attachés à la personne, et que l'article 1166, dans sa disposition exceptionnelle, défend aux créanciers d'exercer même au nom de leur débiteur, c'est la disposition finale de l'article 1338, suivant laquelle la ratification ou exécution volontaire de l'obligation annulable ou rescindable, ne fait aucun préjudice aux droits des tiers; car cet article parle indistinctement de la ratification de toute obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, par conséquent de celle de la femme non autorisée, comme de celle de tout autre incapable. Or, si la ratification de cette obligation, quoique donnée en temps de capacité, ne peut nuire aux tiers qui depuis le contrat, mais antérieurement à la ratification, ont acquis sur les biens des droits d'hypothèque, de servitude, etc., c'est parce que, évidemment, le moyen de nullité n'était pas un droit exclusivement attaché à la personne de la femme, autrement ces tiers n'auraient point à se plaindre de la renonciation que la femme y aurait

faite, et ils n'auraient pas le droit d'écarter cette renonciation ou ratification, droit qui leur est cependant formellement accordé. L'opinion de M. Toullier ne repose donc que sur une confusion fautive des droits ou exceptions personnelles, avec les droits *exclusivement* attachés à la personne, lesquels, pour cela, sont non transmissibles et généralement non cessibles. L'article 225 ne veut pas dire non plus ce que M. Toullier lui fait dire : il a eu seulement pour objet de rendre la nullité *relative*, d'*absolue* qu'elle était anciennement; ce qui est démontré aussi par l'article 1125.

513. Lorsque la femme ou ses héritiers demandent la nullité, ils doivent restituer ce dont elle a profité par suite du contrat. Mais c'est au tiers à faire la preuve qu'elle s'en est enrichie, et de combien. (Art. 1312.)

514. L'action en nullité doit être intentée dans les dix ans à partir de la dissolution du mariage (art. 1304), à peine d'être ensuite non recevable.

515. Quoique l'article 225 donne aux héritiers du mari ou de la femme le droit de demander la nullité, néanmoins ceux du mari seraient non recevables s'ils n'avaient aucun intérêt à la faire prononcer : l'intérêt est la mesure des actions; et rarement ils auront intérêt, puisque la femme n'a pu engager les biens de la communauté.

§ VI.

De la ratification de l'engagement de la femme non autorisée.

516. L'engagement que la femme a contracté sans être autorisée par son mari ou justice, peut, comme celui de tout autre incapable, être validé par une ratification.

La ratification peut avoir lieu pendant le mariage par la femme dûment autorisée; mais sans cette autorisation, l'acte de ratification étant nul lui-même, le premier resterait avec son vice originel.

L'obligation peut être également ratifiée après la dissolution du mariage, soit par la femme, soit par ses héritiers.

517. Dans les deux cas, elle peut être confirmée expressément ou tacitement.

Expressément, conformément à l'article 1338, dont la première disposition est ainsi conçue : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obli-« gation contre laquelle la loi admet l'action en « nullité ou en rescision, n'est valable que lors-« qu'on y trouve la substance de cette obligation, « la mention du motif de l'action en rescision, et « l'intention de réparer le vice sur lequel cette ac-« tion est fondée. » Ces formalités ont été prescrites afin d'éviter les surprises, et pour être assuré que la ratification a été donnée en connaissance de cause.

Tacitement, par l'exécution volontaire : « A dé- « faut d'acte de confirmation ou ratification, il suf- « fit que l'obligation soit exécutée volontairement « après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être « valablement confirmée ou ratifiée. » (*Ibid.*)

D'où il suit que, si les deux époux exécutent volontairement l'obligation, comme elle pouvait être valablement ratifiée par eux pendant le mariage, on est dans le cas prévu à cette dernière disposition, et le contrat est désormais inattaquable. Mais il faudra pour cela que l'exécution de la part du mari, aussi bien que de la part de la femme, ne soit pas douteuse. Ainsi, le paiement de la somme due, la tradition des biens vendus, faits par la femme avec l'autorisation du mari, formeront une exécution volontaire, dont l'effet purgera le vice de l'obligation, et exclura désormais toute action en nullité, et, par suite, toute action en répétition ou restitution des objets payés ou livrés.

518. Ici se place la question de savoir si la ratification donnée par le mari sans le concours de la femme rend celle-ci et ses héritiers non recevables à demander la nullité.

Nous l'avons résolue négativement dans notre *Traité des Contrats*, n° 244. Nous avons pensé que le mari ne pouvait ravir à sa femme le benéfice de la nullité, et faire *ex non jure obligatâ, jure obligatam ;* de même qu'un tuteur ou curateur ne pouvait, dans le Droit romain, et ne pourrait non plus dans notre

droit, en approuvant l'engagement consenti par le pupille ou le mineur seul, lui enlever le bénéfice de la nullité de cet engagement. Pothier (1), après avoir dit qu'en principe, l'autorisation du mari donnée après coup ne devrait point valider l'obligation de la femme non autorisée, « parce qu'elle « était absolument nulle, et que le néant n'est pas « susceptible de confirmation, » se range néanmoins à l'avis de Le Prêtre (2) et de Lebrun, qui décident que, après l'autorisation du mari, la femme ni ses héritiers ne peuvent plus attaquer l'acte, parce que, s'il ne vaut pas *ut ex tunc*, il vaut du moins *ut ex nunc*, du jour de l'autorisation, *tanquàm ex consensu contrahentium, quid adhuc perseverare intelligitur quamdiù non apparet mutatio voluntatis;* d'où il tire ces conséquences : « 1° que si, avant « l'autorisation, l'une ou l'autre partie était morte, « ou avait perdu l'usage de la raison, ou avait dé« claré un changement de volonté, l'autorisation « qui serait depuis interposée par le mari ne pour« rait plus rétablir l'acte (3); 2° que l'acte, rétabli

---

(1) *Traité de la Puissance maritale*, n° 74.

(2) *Cent.* 2, chap. 16. Le Prêtre rapporte deux arrêts qui ont jugé que l'autorisation du mari intervenue depuis l'acte, le ratifiait valablement, et ont en conséquence condamné la femme à payer, quoiqu'elle n'eût pas elle-même ratifié. Mais de Lacombe, au mot *Autorisation*, dit, en s'appuyant du sentiment de Renusson et de Pontanus, que « la ratification postérieure du mari ne rend pas l'acte valable. »

(3) Comme on le voit, Pothier raisonne d'après les principes de la nullité absolue; mais il est incontestable aujourd'hui, qu'il n'est pas nécessaire de l'assentiment de la partie qui a traité avec la femme, pour ratifier l'obligation, puisque cette partie n'a pas le droit d'en demander la nullité. (Art. 225 et 1125.)

« par l'autorisation survenue depuis, ne peut pro-« duire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, « n'étant valable que de ce jour (1). »

M. Delvincourt s'est rangé au sentiment de Le Prêtre, Lebrun et Pothier; mais nous n'en persistons pas moins à penser qu'il n'appartient point au mari de priver sa femme du bénéfice de la nullité d'un engagement qu'elle avait contracté au mépris de la loi : l'article 217 dit formellement que la femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, etc., sans le *concours du mari dans l'acte*, *ou son consentement par écrit;* or, ni l'un ni l'autre n'a eu lieu : l'article 225 reste donc applicable dans toute sa force. Dira-t-on que l'autorisation du mari n'était exigée que *propter reverentiam illi debitam*, et que c'est par la même raison que le mariage contracté par l'enfant de famille sans le consentement de ses père et mère ne peut plus être attaqué lorsque ceux-ci l'ont approuvé (2) (art. 183)? Nous répondrions que, à raison de l'importance du mariage, la loi a cru devoir s'expliquer sur ce mode de ratifi-

---

(1) Ce qui est encore inadmissible aujourd'hui, d'après la dernière disposition de l'article 1338; sauf les droits que des tiers auraient légalement acquis sur les biens, dans l'intervalle écoulé depuis l'acte primitif jusqu'à celui de confirmation ou de ratification. Cela n'est pas indifférent, à cause des formalités auxquelles sont soumis les actes emportant hypothèque conventionnelle; car si ces formalités, quoique observées dans l'acte primitif, ne l'étaient point dans l'acte confirmatif, la constitution d'hypothèque serait nulle, suivant le système de Pothier; tandis que, suivant le Code, elle ne serait pas moins valable, du moins selon notre opinion.

(2) *Voyez* le n° 300, *suprà*.

cation; tandis que, pour la confirmation des contrats de la femme non autorisée, elle l'a laissée sous l'empire du Droit commun. Les ratifications en matière de mariage sont favorables; aussi résultent-elles, dans ce cas, du simple silence gardé par les ascendans pendant un an depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage, ou de tout acte quelconque propre à manifester leur volonté de l'approuver; au lieu que pour les autres contrats, il faut un délai de dix années, du moins généralement, ou un acte soumis à des formalités spéciales, lorsque la confirmation a lieu par acte (art. 1338). Ainsi, il n'y a point à argumenter de la ratification du mariage de l'enfant de famille de la part de ses ascendans, à la confirmation de l'acte de la femme de la part du mari, sans la participation de celle-ci. De plus, il n'est pas exact de dire aujourd'hui que l'autorisation du mari n'est exigée que *propter reverentiam ei debitam*, puisque le mari mineur ne peut la donner; ce qu'il pouvait valablement faire anciennement. La vérité, c'est que, par son mariage, la femme est devenue incapable de contracter; et ce qui lui restitue sa capacité, c'est l'autorisation, et l'autorisation donnée par le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit : donc elle n'a point été tirée de son état d'incapacité si elle n'a pas été autorisée; donc le mari ne peut ensuite lui ravir le bénéfice que la loi attribue aux incapables, d'être relevés de leurs engagemens. Ce n'est plus de lui qu'il s'agit maintenant, c'est de l'intérêt de la femme. Ces principes ont été

reconnus par la Cour de Paris, qui a jugé (1) que l'acceptation, faite par un mari négociant, d'une lettre de change que sa femme non marchande publique avait tirée sur lui, n'était point obligatoire pour celle-ci, même comme simple promesse, attendu qu'il n'y avait pas le concours du mari dans l'acte de la femme, ni son consentement par écrit antérieur à l'acte. En effet, l'acceptation était postérieure; du moins rien n'indiquait qu'elle eût été faite en même temps que la lettre (2).

CHAPITRE VII.

De la dissolution du mariage.

SOMMAIRE.

519. *Des manières dont se dissout le mariage.*
520. *Le mariage est dissous par la mort civile, lorsque la condamnation contradictoire a été exécutée réellement ou par effigie.*
521. *Mais quand elle est par contumace, il n'est dissous que lorsqu'elle est devenue définitive* quant à la peine.
522. *Fusion du chapitre* VIII *de ce titre du Code dans les précédens.*

519. Suivant le Code, le mariage est dissous,

« 1° Par la mort de l'un des époux;

« 2° Par le divorce légalement prononcé;

---

(1) Le 12 janvier 1815. Sirey, 16, 2, 75.

(2) Mais, *vice versâ*, nous pensons que si c'eût été le mari qui eût tiré la lettre, et que la femme l'eût acceptée, celle-ci eût été valablement tenue comme d'une simple promesse (n'étant pas marchande publique, art. 113, Code de commerce); car le consentement par écrit du mari ne saurait être révoqué en doute dans une lettre de change qu'il tire sur sa femme. *Voyez* le n° 445, *suprà.*

« 3° Par la condamnation devenue définitive de « l'un des deux époux à une peine emportant mort « civile. » (Art. 227.)

Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

520. Quant à la mort civile, le mariage est bien dissous par elle, aux termes de l'article 25 et de cet article 227; mais relativement à l'*époque* à laquelle elle en opère la dissolution, nous croyons, ainsi que nous l'avons dit au tome Ier, n° 253, qu'il faut distinguer entre les condamnations prononcées contradictoirement, et les condamnations prononcées par contumace.

Ainsi, pour les premières, le mariage est dissous par l'exécution du jugement, soit réel, soit par effigie. (Art. 25 et 26 combinés.)

521. Mais pour les condamnations par contumace, il est bien vrai que la mort civile est encourue après les cinq ans qui suivent l'exécution du jugement par effigie, et qu'il résulterait de là, d'après l'article 25, que le mariage est dissous à l'expiration de ce délai. Cependant il n'en doit pas être ainsi, puisque l'article 227, qui est spécial, et qui par conséquent doit être appliqué de préférence, modifie en ce point la disposition résultant de la combinaison des deux précédens; car il ne dit pas simplement que le mariage est dissous par la mort civile : il dit qu'il est dissous par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile; il faut donc, pour que

le mariage soit dissous, que *la condamnation à la peine soit devenue définitive :* or, elle ne l'est, d'après les art. 476, 635 et 641, Code d'instr. crim., 30 et 32, Code civil, combinés, qu'après vingt ans depuis la date de l'arrêt, puisque jusque-là le condamné peut être jugé et absous.

522. Comme nous l'avions annoncé, nous avons fondu dans la section des *Empêchemens* (1) le chapitre VIII de ce titre, qui a pour disposition unique la défense faite à la femme de contracter une seconde union avant dix mois révolus depuis la dissolution de la première. Ce n'est là, en effet, qu'un empêchement au mariage.

---

(1) N° 174 et suivans.

FIN DU TITRE DU MARIAGE.

TITRE VI.

De la Séparation de corps.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

523. *Abolition du divorce, par la loi du 8 mai 1816.*
524. *Définition de la séparation de corps.*
525. *Celui des époux qui l'a obtenue peut renoncer au bénéfice du jugement.*
526. *Division de la matière.*

523. Le divorce ayant été aboli par la loi du 8 mai 1816, il serait inutile d'en développer ici les dispositions (1); mais comme plusieurs d'entre elles s'appliquent à la séparation de corps, nous les rappellerons à mesure que nous expliquerons cette matière.

524. Par le mariage, la femme acquiert le domicile de son mari; elle est obligée d'habiter avec lui, de le suivre partout où il juge à propos de résider. De son côté, le mari est obligé de la recevoir chez lui, et de lui fournir ce qui lui est nécessaire, suivant ses facultés et son état.

---

(1) S'il venait à être rétabli, nous analyserions les dispositions de la nouvelle loi dans un supplément, placé à la fin du dernier volume de l'ouvrage.

La séparation de corps affranchit de ces obligations celui qui l'a fait prononcer en sa faveur. Si c'est la femme, elle n'est plus obligée de suivre son mari dans les lieux où il veut aller résider; elle n'est plus tenue d'habiter avec lui; elle peut se choisir un domicile distinct du sien, même dans une autre commune, à son choix. Si c'est le mari, il est dégagé de l'obligation légale de recevoir sa femme.

Il y a entre les époux l'espèce de divorce que les docteurs nomment *divortium quoad torum et mensam*. Mais le lien conjugal n'est point rompu : l'homme et la femme sont encore époux, et ils le sont avec la plupart des effets attachés à cette qualité, ainsi qu'on le verra dans les développemens de la matière.

On peut donc définir la séparation de corps, la faculté accordée par la justice à l'un des époux d'habiter séparément de l'autre, par dérogation aux principes du mariage.

525. Comme ce n'est qu'une *faculté*, il est libre, selon nous, à celui des deux époux qui a obtenu la séparation, d'y renoncer, et de rétablir par ce moyen les choses dans leur état primitif. Pour cela, il lui suffira de signifier à l'autre une renonciation au bénéfice du jugement, avec sommation de se soumettre à toutes les obligations résultant du mariage; et celui-ci ne pourra se refuser à se réunir à son conjoint. Au chapitre V, nous re-

viendrons sur ce point, susceptible, au surplus, de controverse.

526. Nous traiterons ce sujet, dont nous faisons un titre spécial que nous substituons à celui du *Divorce*, en cinq chapitres.

Le premier parlera des causes pour lesquelles la séparation de corps peut être demandée;

Le second, des fins de non-recevoir que le défendeur peut opposer à la demande;

Le troisième, de la nature de l'action et de la forme dans laquelle elle doit être instruite et jugée;

Le quatrième, des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande;

Et enfin le cinquième, des effets de la séparation de corps, et du rétablissement des choses dans leur état primitif.

CHAPITRE PREMIER.

Des causes pour lesquelles la séparation de corps peut être demandée.

SOMMAIRE.

527. *Esprit de l'ancienne jurisprudence sur la* séparation de corps.

528. *Le Code a étendu le cercle des causes de séparation de corps; mais il n'est pas permis aux tribunaux d'en admettre d'autres que celles prévues par la loi. Dispositions des articles* 229, 230, 231 *et* 232.

529. *La séparation de corps n'a pas lieu par l'effet du consentement mutuel, même persévérant, des époux.*

530. *Véritables motifs de la loi en proscrivant ce mode de séparation.*

531. *Les tribunaux sont juges souverains des faits constitutifs d'excès, de sévices et d'injures graves; leurs décisions peuvent bien être réformées par les Cours royales comme un* mal jugé; *mais celles des Cours ne sont pas à cet égard susceptibles de cassation.*

532. *Le changement de religion de la part de l'un des époux n'est point pour l'autre une cause de séparation de corps.*

533. *Il en est de même de la perte de la raison, même de la fureur, ainsi que de l'épilepsie et de toute maladie quelconque, même contagieuse.*

534. *En principe, la communication du mal vénérien, dégagée de toute circonstance qui aurait le caractère d'injure, n'est point une cause de séparation.*

535. *La première cause de séparation de corps est l'adultère de la femme, en quelque lieu qu'il ait été commis; mais pour venger son injure, le mari peut, sans demander la séparation de corps, porter plainte contre sa femme.*

536. *L'adultère de celle-ci ne peut être dénoncé que par lui.*

537. *Le mari convaincu, sur la plainte de sa femme, d'avoir entretenu une concubine dans la maison commune, a perdu le droit de dénoncer l'adultère de son épouse.*

538. *Le complice de la femme adultère doit être puni de l'emprisonnement infligé à la femme; cette peine ne peut lui être appliquée que par les tribunaux correctionnels.*

539. *La mise en liberté de la femme, sur la demande du mari, n'emporterait pas celle du complice; mais lorsque le mari a retiré sa plainte formée contre sa femme, le ministère public peut-il poursuivre d'office le complice?*

540. *Quoique l'article* 338 *du Code pénal porte que le complice de la femme sera puni de l'emprisonnement pendant le* même espace de temps *que la femme, cela ne veut pas dire autre chose, si ce n'est qu'il est passible de l'emprisonnement de trois mois à deux ans.*

541. *De ce que le mari aurait triomphé dans son action en désaveu de l'enfant né dans les cent quatre-vingts jours du mariage, il ne pourrait pour cela demander la séparation de corps.*

542. *L'adultère du mari n'ayant pas des conséquences aussi graves que celui de la femme, n'est point une cause de séparation de corps.*

543. *Mais il en est une lorsque le mari a tenu sa concubine dans la maison commune.*

544. *La loi a évité de se servir de l'expression* domicile commun : *conséquence.*

545. *La cause de séparation de corps existe lorsque le mari tient une concubine dans la maison conjugale, encore que sa femme ait cessé de résider avec lui.*

546. *Il n'est pas nécessaire, pour que la cause de séparation existe, que le mari tienne encore sa concubine dans la maison commune; il suffit qu'il l'y ait tenue, encore que la concubine n'eût pas été introduite par lui.*

547. *L'adultère du mari commis dans la maison commune, mais avec une femme qui n'y demeurerait pas, est-il une cause de séparation de corps?*

548. *Le mari convaincu, sur la plainte de sa femme, d'avoir entretenu une concubine dans la maison commune, est passible de l'amende de 100 fr. à 2,000 fr.*

549. *Les excès, sévices et injures graves de l'un des époux envers l'autre, forment la troisième cause de séparation de corps.*

550. *Ce qu'on entend par* excès : *quand il s'agit d'excès, on ne prend point en considération la qualité des personnes comme lorsqu'il s'agit d'injures.*

551. *Ce qu'on entend par* sévices : *ils se commettent d'une foule de manières.*

552. *Généralement les voies de fait, les simples coups sont des sévices; mais ils tirent leur caractère de gravité de la condition des personnes, de leur éducation, des circonstances du temps ou du lieu où les faits se sont passés.*

553. *Les* injures *se commettent aussi d'une foule de manières. C'est surtout dans ce cas que le magistrat prend en très grande considération l'état et la condition des personnes.*

554. *Le mari qui accuse sa femme d'adultère lui fait une injure grave.*

555. *Il lui fait aussi injure lorsqu'il refuse de la recevoir.* Vice

versà, *la femme fait injure à son mari lorsqu'elle refuse d'habiter avec lui.*

556. *Espèce jugée par la Cour de Rouen.*

557. *La demande en nullité du mariage sur laquelle le demandeur a succombé, n'est point pour l'autre époux une cause de séparation de corps, et même la manifestation du mépris, pourvu qu'elle soit dégagée de toute circonstance imprimerait le caractère d'injure grave, ne l'est pas davantage.*

558. *La condamnation de l'un des époux à une peine infamante est pour l'autre une légitime cause de séparation.*

559. *Il en serait ainsi lors même que la peine aurait été commuée.*

560. *Mais il faut que la condamnation soit devenue définitive, qu'elle ne soit réformable par aucune voie légale : conséquences.*

561. *Si la condamnation était antérieure au mariage, et qu'elle eût été connue du conjoint, celui-ci serait non recevable à demander la séparation de corps.*

562. *Il en serait autrement s'il avait été trompé sur l'état du condamné : controverse à cet égard.*

527. A défaut de loi formelle sur les causes de séparation de corps, comme sur une foule d'autres points, l'ancienne jurisprudence avait établi quelques règles qui en tenaient lieu, et dont l'application était subordonnée aux circonstances, à la condition des parties, et à la nature des offenses.

Quant au mari, on tenait généralement qu'il ne pouvait demander directement la séparation de corps : les exceptions à cette règle étaient rares. Si la femme avait souillé le lit conjugal, il pouvait intenter contre elle l'accusation d'adultère; et si elle était convaincue, elle était condamnée à être renfermée dans un monastère. Le mari pouvait la

reprendre pendant deux ans ; s'il ne le faisait pas, elle était rasée, et restait dans le couvent toute sa vie (1). La séparation de corps devenait ainsi superflue : elle était la conséquence nécessaire de la condamnation.

Pour les excès, sévices et injures graves de la femme envers son mari, on pensait qu'il pouvait se défendre des uns et qu'il devait mépriser les autres ; et ce n'était que dans des cas extraordinaires, comme lorsque la femme avait attenté à la vie de son mari, que celui-ci, en la faisant enfermer, se trouvait ainsi séparé d'elle ; et dans ce cas aussi la femme était privée de ses avantages matrimoniaux.

Quant à la femme, elle pouvait bien, d'après le droit canonique, demander la séparation de corps pour excès (2), mais non pour injures. Cependant, d'après le Droit civil, il suffisait, comme sous le Code, que les faits fussent graves et de nature à rendre la vie commune insupportable. On avait alors particulièrement égard à l'état et à la condition de la femme, à l'éducation qu'elle avait reçue,

---

(1) Cette peine était infligée aux femmes adultères d'après les lois romaines, NOVELLE 134, cap. 10, et AUTHENTIQUE *sed hodiè* ; COD. *ad Legem Juliam, de adulteriis*. Aussi on appelait ce châtiment la peine de l'*authentique*, et l'on disait de la femme qui l'avait subie, qu'elle avait été *authentiquée*. Elle était privée de tous ses droits matrimoniaux. Cependant Pothier cite un arrêt qui a jugé que, lorsqu'après la mort du mari, un individu consentait à épouser la coupable, celle-ci obtenait sa mise en liberté.

(2) *Si tanta sit viri sævitia ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solùm non debet ei restitui, sed ab eo potiùs amoveri.* Cap. 13, EXTR. *de Restitut. spoliat.*

à la circonstance qu'il y avait ou non des enfans, aux causes qui avaient pu faire naître les torts du mari, etc., etc. Mais plusieurs arrêts ont jugé que l'adultère du mari ne motivait point suffisamment une demande en séparation de corps de la part de la femme (1).

528. Ainsi, loin d'avoir, comme un auteur l'a prétendu, restreint le cercle des causes de séparation de corps, le Code, au contraire, l'a beaucoup élargi; mais il n'est pas permis aux tribunaux d'en admettre d'autres. Ces causes sont les suivantes :

« Dans les cas, dit l'article 306, où il y a lieu « à la demande en divorce pour cause déterminée, « il sera libre aux époux de former demande en sé« paration de corps. »

Ces cas sont au nombre de quatre :

« 1° Le mari peut demander le divorce pour « cause d'adultère de sa femme. (Art. 229.)

« 2° La femme peut demander le divorce pour

---

(1) Voir notamment dans Denisart, au mot *Séparation de corps*, celui du 7 avril 1756, rendu en faveur du comte de Montboissier-Canillac, qui confessait cependant le fait d'adultère. Il paraît qu'il en était autrement dans les pays de Droit écrit, lorsque le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune. Covarruvias, *de Matrim.*, part. 2, cap. 7, § 6, n° 9; Perez AD CODICEM, *ad Legem Juliam*, *de adult.*, n° 9; de Lacombe, v° *Adultère.* On se fondait sur la loi 8, COD. *de Repudiis*, dont la disposition est à peu près semblable à celle du Code civil sur le même cas : *si qua... maritum suum... ad contemptum sui, domûsve suæ, ipsâ inspiciente, cum impudicis mulieribus (quod maximè etiam castas exasperat) cœtum ineuntem... probaverit, tunc repudii auxilio uti necessario ei permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare.*

« cause d'adultère de son mari, lorsqu'il a tenu sa « concubine dans la maison commune. (Article 230.)

« 3° Les époux peuvent réciproquement deman- « der le divorce pour excès, sévices ou injures gra- « ves de l'un d'eux envers l'autre. (Art. 231.)

« 4° La condamnation de l'un des époux à une « peine infamante est pour l'autre époux une cause « de divorce. » (Art. 232.)

529. Le consentement mutuel et persévérant des époux, qui était aussi, suivant l'article 233, une cause de divorce, n'a point été admis pour opérer la séparation de corps : l'article 307 dit formellement qu'elle ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux ; ce qui doit s'entendre non-seulement en ce sens, que tout acte, même authentique, par lequel les époux conviendraient de se séparer, serait nul et de nul effet, lors même qu'il renfermerait l'aveu des torts de l'un d'eux envers l'autre, mais encore en ce sens, que les époux ne peuvent, en observant les formalités et conditions qui étaient prescrites pour le divorce par consentement mutuel, obtenir la séparation de corps.

530. Cela ne paraît pas, comme on l'a dit, une inconséquence dans une législation qui admettait le divorce par consentement mutuel, et où l'on regardait le divorce et la séparation de corps comme deux institutions parallèles (1). Il y aurait eu, au

---

(1) On a dit, il est vrai, et répété bien souvent, mais sans beaucoup

contraire, inconséquence palpable, si l'on avait autorisé la séparation par consentement mutuel; car qui est-ce qui empêche les époux auxquels l'habitation commune est réellement devenue insupportable, et qui sont d'accord de la faire cesser, de vivre séparément? Rien ne s'oppose à leur volonté à cet égard : dès lors, à quoi bon s'adresser à la justice pour cela? On a donc dû penser que les déclarations qu'ils lui feraient touchant l'impossibilité morale de vivre plus long-temps ensemble, ne seraient presque toujours qu'un moyen mensonger pour arriver, par la voie de la séparation de corps, qui, par sa nature, n'admet pas l'intervention des tiers, à la séparation de biens, et frauder ainsi leurs créanciers légitimes; et c'est ce que l'on a voulu empêcher. L'inconséquence eût été grande, en effet, d'interdire, et pour des motifs que chacun sent, la simple séparation de biens par consentement mutuel, et d'autoriser cependant, par la

---

de réflexion, que le divorce et la séparation de corps étaient deux voies, deux institutions parallèles. Si l'on envisage les différences énormes dans les effets de l'un et de l'autre, le parallèle ne sera pas poussé bien loin. On a confondu l'identité des causes avec l'identité des effets; ce qui est mal raisonner, car les mêmes causes ne produisent pas toujours les mêmes effets. Dans la même séance où l'on prétendait que la séparation de corps et le divorce étaient deux voies parallèles, qui ne devaient par conséquent point se rencontrer, on disait aussi que la première devait aboutir à la seconde; ce qui détruisait ce raisonnement mathématique. On disait même que ce n'était qu'un échelon pour arriver au divorce, qui était le sommet : aussi voulait-on que le défendeur à la demande en séparation pût, aussitôt que la séparation aurait été prononcée, la faire convertir en divorce; et cette proposition fut adoptée, sous les seules limitations consacrées par l'article 310.

même voie, un autre genre de séparation dont la première est la conséquence forcée : c'eût été une contradiction de vues choquante. On a sans doute fait souvent un grand abus du divorce par consentement mutuel; on en a même abusé sous le Code civil, malgré les précautions prises pour prévenir ce mal et quelques entraves apportées à l'exercice du triste sacrifice que l'on avait cru devoir faire aux mœurs du temps; mais du moins il y avait de la réalité dans les effets : le mariage était dissous, chacun recouvrait sa liberté; la femme reprenait la capacité qu'elle avait aliénée, elle redevenait maîtresse de fait et de droit de ses biens, et le mari abdiquait ainsi sa puissance. Les motifs de cette séparation définitive n'étaient pas toujours, il est vrai, fondés sur une impérieuse nécessité : le dégoût, de nouvelles passions, étaient souvent les causes qui portaient les époux à rompre un lien qu'ils avaient librement formé, qu'ils avaient juré de chérir toujours; mais la condescendance de la loi avait au moins un prétexte dans la supposition que la déclaration des parties était sincère, lorsqu'elles affirmaient que la vie commune leur était devenue insupportable, qu'elle ne pouvait désormais faire que le tourment de l'un et de l'autre. Au lieu que pour la séparation de corps, il eût été impossible de se faire illusion sur la prétendue nécessité de rompre judiciairement la communauté d'habitation, quand, on le repète, si elle existe réellement, si les deux époux en tombent

d'accord, s'ils n'ont pas d'autre but que celui de la faire cesser, s'ils ne veulent pas tromper leurs créanciers, ils ont, dans leur propre volonté, le moyen très facile d'arriver à ce résultat sans réclamer l'intervention des tribunaux.

C'est encore une bien faible raison que celle qui consiste à dire qu'il était impossible de soumettre la séparation de corps par consentement mutuel aux mêmes conditions restrictives que le divorce par la même cause. Pourquoi n'aurait-on pu le faire? où était l'obstacle? On ne pouvait, dit-on, défendre aux époux de se réunir : non certainement; mais précisément la réunion serait devenue un remède au mal, loin de l'aggraver. On n'aurait pu, ajoute-t-on, les forcer d'abandonner une partie de leurs biens aux enfans, ce qui était un frein apporté à la licence du divorce par consentement mutuel; et la séparation n'étant pas susceptible d'être ainsi refrénée, serait devenue d'autant plus dangereuse, que, conciliant tout à la fois les honneurs du mariage avec l'attrait d'une vie indépendante, elle serait devenue une mode perverse, dont le torrent aurait entraîné tout ce qui aurait été sur le penchant de la licence.

Nous ne prétendons certainement pas improuver le moins du monde la sage disposition de la loi qui prohibe la séparation de corps par consentement mutuel : le mariage est un lien sacré, que les époux doivent encore respecter lors même qu'il s'est transformé pour eux en une chaîne pesante,

et tout ce qui peut en opérer la dissolution, même imparfaite, ne saurait éprouver trop d'obstacles. Ce que nous improuvons, ce sont les motifs vains que l'on prête à la loi, quand elle en a eu de très réels. En effet, pourquoi n'aurait-on pu également priver les époux d'une portion de leurs biens en faveur des enfans? Mais, dit-on, on ne pouvait les empêcher de se réunir, et alors ils auraient dû recouvrer ces biens : nous répondons que l'effet disparaissait avec la cause, et tout rentrait dans l'ordre primitif. On aurait pu fixer un délai, un temps d'épreuve, passé lequel la perte eût été irrévocable, nonobstant la réunion postérieure. Et si l'on suppose des époux sur le penchant de la licence, et qui auraient voulu concilier les honneurs du mariage avec les attraits d'une vie indépendante, nous répondrons qu'il est difficile de croire qu'ils eussent pu se faire illusion sur la conservation de l'honneur attaché à un titre qu'ils méprisaient eux-mêmes. L'opinion publique n'aurait pas tardé à les désabuser, et par cela même la séparation de corps par consentement mutuel ne serait pas devenue une mode plus suivie que celle du divorce par la même cause : disons mieux, elle l'eût été beaucoup moins par ceux placés sur le penchant de la licence, et animés du désir de reconquérir leur indépendance; car, avec le divorce, cette indépendance devenait absolue, elle était sans mélange d'aucune gêne; elle était surtout dépouillée de la crainte, grave pour le mari, des conséquences d'une

union encore subsistante de droit quand elle est rompue de fait. Le divorce eût donc été généralement la voie que les époux auraient préférée; le dogme religieux, qui exerce son empire sur un époux vertueux et opprimé, n'eût été qu'une faible barrière pour ceux qui auraient été subjugués par leurs passions, et qui n'auraient aspiré qu'au moment de leur donner un libre cours. En admettant d'ailleurs toutes ces suppositions, l'intérêt public, et surtout celui des enfans, auraient encore beaucoup gagné à la préférence que des époux désunis auraient donnée à la séparation sur le divorce.

Non, ce ne sont pas les véritables motifs de la loi, ou bien ils ne seraient pas fondés sur la nature des choses. La séparation de corps a trouvé, comme on sait, des adversaires très zélés (1). Son rétablissement n'a été qu'une concession aux croyances religieuses; toute la discussion du projet de loi fait foi de la vérité de cette observation : dès lors il était conséquent de n'en point admettre le mode par consentement mutuel, puisque ceux à qui la vie commune est devenue un insupportable fardeau peuvent, sans que rien s'y oppose, vivre séparément; elle devenait superflue dès qu'elle n'était fondée que sur ce motif.

531. Nous avons dit que la loi ayant déterminé

---

(1) Elle avait été entièrement proscrite par la loi du 20 septembre 1792, qui, en établissant le divorce, portait : « A l'avenir aucune séparation de corps ne pourra être prononcée; des époux « ne pourront être désunis que par le divorce. »

les causes d'après lesquelles les époux peuvent demander la séparation de corps, les tribunaux ne doivent point en accueillir d'autres que celles formellement exprimées par elle. Le législateur leur a laissé sans doute une grande latitude dans l'appréciation des faits constitutifs des excès, des sévices et des injures graves; et leurs décisions à cet égard, susceptibles, comme en toute autre matière, d'être réformées comme un *mal jugé* par les Cours d'appel, ne sauraient être censurées par la Cour suprême, lorsqu'elles portent *en fait* qu'il y a eu ou non excès, sévices, ou injures graves (1); mais ces décisions seraient exposées à un sort tout différent, si elles étaient fondées sur des causes non avouées expressément par la loi.

532. Ainsi le changement de religion de la part de l'un des époux, qui, suivant une décrétale (2), autorisait l'autre à demander la séparation de corps, ne saurait aujourd'hui motiver cette demande.

---

(1) En effet, lorsque les tribunaux se sont bornés à décider, dans l'affaire qui leur est soumise, ou que les faits ne sont pas prouvés, ou qu'ils n'ont pas le caractère de gravité nécessaire pour faire prononcer la séparation de corps, leur jugement est à l'abri de la censure; il n'est pas susceptible d'être annulé par la Cour de cassation. Ainsi jugé par deux arrêts de cette Cour, l'un du 14 prairial an XIII, l'autre du 2 mars 1808. Sirey, 1806, pag. 104, et 1808, pag. 202.

(2) Voir Pothier, *du Mariage*, n° 513. Cet auteur dit que la décrétale était sans application en France, à cause de l'uniformité de religion. La raison donnée par Pothier ne subsiste plus, et cependant la décrétale serait également inapplicable, d'après la Charte et d'après le Code civil.

533. La perte de la raison, la fureur même devenue pour ainsi dire habituelle, n'autoriseraient point non plus la demande en séparation, sauf à l'autre époux à provoquer l'interdiction, ainsi que nous le dirons en traitant de l'*Interdiction.*

L'épilepsie, quelque fréquens et quelque violens qu'en fussent les accès, ni aucune autre maladie de l'un des époux, quoique contagieuse, ne peuvent non plus être pour l'autre une raison de s'en séparer: ce serait violer le contrat. Les époux se sont promis secours et assistance dans les malheurs de la vie; ils ont juré d'observer ce précepte de la loi romaine, que nous avons déjà eu occasion de rappeler (1) : *Quid enim tàm humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse?* L. 22, § 7, ff. *Solut. matrim.*

Ces principes ont été consacrés par une décision du pape Alexandre III, par rapport à la lèpre, qui exerçait encore ses ravages de son temps (2); et admis dans l'ancienne jurisprudence pour toute espèce de maladie contagieuse, ils n'ont point été exclus ni même modifiés par le Code.

534. Pothier dit (3) que le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, peut encore moins servir de fondement à une demande en séparation de

(1) N° 431, *suprà.*
(2) Cap. 1, *extr. de Conjug. lepros.*
(3) N° 514 de son *Traité du Mariage.*

corps, puisque ce mal n'est plus aujourd'hui incurable.

La Cour de cassation a même jugé (1) que la *communication* de ce mal n'est point par elle-même une cause de séparation contre le mari qui l'a transmis à sa femme, à moins qu'elle ne soit accompagnée de circonstances qui lui donneraient le caractère de sévices ou d'injures graves; car alors, comme l'a très bien jugé la Cour de Lyon (2), la séparation devrait être prononcée. Nous ajouterons que, dans un tel cas, il ne serait pas nécessaire que les autres faits eussent la gravité qu'ils devraient avoir dans les autres cas pour servir de fondement à la demande. La Cour de Toulouse a même décidé (3), *en droit*, quoique cela ne fût pas nécessaire dans la cause, attendu les autres faits, que la communication du mal vénérien est une injure grave, de nature à autoriser cette demande. Mais, selon nous, la question doit dépendre beaucoup des circonstances, et, à cet égard, les Cours royales ont un pouvoir souverain, puisqu'elles jugent, *en fait*, qu'il y a, ou non, injure grave.

535. La première cause de séparation de corps

---

(1) Arrêt de rejet, du 16 février 1808. Sirey, 1808, 1, 179. Dans l'espèce jugée d'abord par la Cour d'appel de Pau, le mari avait deux fois infecté sa femme de ce mal. La récidive aurait pu être regardée comme une circonstance suffisamment caractéristique d'une injure grave.

(2) Le 4 avril 1818. Sirey, 1819, 2, 131.

(3) Le 30 janvier 1821. Sirey, 1821, 2, 344.

est l'adultère de la femme, en quelque lieu qu'il ait été commis.

Mais, indépendamment du droit qu'a le mari de demander la séparation de corps pour cette cause, et dont l'effet sera de faire infliger à la femme, si elle est convaincue, la peine correctionnelle établie par l'article 308, il peut venger son injure en portant plainte contre elle, et lui faire appliquer la peine de l'emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus (art. 337, Code pén.) Rien ne l'oblige, en effet, pour faire punir son infidèle épouse, de demander la séparation de corps : il peut avoir intérêt à ne point user de cette faculté, puisque la séparation de corps entraînant celle des biens, il perdrait ainsi la jouissance de ses revenus; au surplus, comme lorsque la séparation a été prononcée sur sa demande, il est maître d'arrêter l'effet de la condamnation, en consentant à reprendre sa femme. (*Ibid.*)

536. L'adultère ne peut être dénoncé que par lui (art. 336, *ibid.*). Il ne fallait pas que, pour venger les droits méprisés des maris, on pût imprimer à ceux-ci un affront public dont nos injustes préjugés ont su faire un déshonneur; c'eût été ajouter un mal à un autre mal. Mais celui qui veut le braver n'a à se plaindre de personne : *volenti non fit injuria.*

537. Le mari qui a entretenu une concubine dans la maison commune, et qui a été convaincu sur la plainte de la femme, a perdu le droit de dénoncer

l'adultère de celle-ci (*ibid.*) : il y a compensation d'injures. Nous verrons plus tard si sa faute ne le rend pas aussi non recevable à demander la séparation de corps pour cette cause.

538. Le complice de la femme adultère doit être puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de cent francs à deux mille francs.

Les seules preuves qui peuvent être admises contre lui, sont, outre le cas de flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces par lui écrites. (Art. 338, *ibid.*)

Si c'est sur la demande en séparation de corps que la femme est condamnée à l'emprisonnement, conformément à l'article 308 du Code civil, comme son complice n'a été ni n'a pu être partie dans l'instance, la peine lui sera infligée par les tribunaux correctionnels, devant lesquels il proposera ses moyens de défenses : par rapport à lui le fait n'est point jugé.

539. La mise en liberté de la femme, sur la demande du mari, n'emporterait pas celle du complice; le motif d'indulgence de la loi lui est entièrement étranger. Il a même été jugé par la Cour de Rouen (1), que, bien que le mari eût retiré la plainte qu'il avait formée contre sa femme, le ministère public avait eu le droit de poursuivre le

---

(1) Le 1 août 1816. Sirey, 1817, 2, 170.

complice, attendu que le cas prévu par la loi, la dénonciation, par le mari, de l'adultère de la femme, s'était réalisé. Mais si cet arrêt a pour lui la lettre de la loi, en ce sens que, dès que le fait qu'elle exige existe, on rentre dans le Droit commun, suivant lequel le ministère public peut poursuivre d'office la répression des délits; du moins il n'est pas fondé sur son esprit, puisqu'il a soumis le mari à l'affront auquel on a voulu le soustraire, en ne donnant qu'à lui seul le droit de se plaindre, et qu'il a ainsi rendu inutile le repentir d'avoir mis trop peu de réflexion dans la première chaleur de son indignation. Nous aurions approuvé cette décision, si, au lieu de poursuivre sa femme et le complice, ou ce dernier seulement, comme il en avait le droit, le mari eût lui-même demandé au ministère public de vouloir exercer contre lui l'action correctionnelle; mais lorsque, après avoir retiré la plainte qu'il a formée contre sa femme, il garde le silence à l'égard du complice, la poursuite du ministère public est un grand mal ajouté au malheur du mari; et telle n'a point été l'intention du législateur.

540. Enfin, quoique l'article 338, précité, dise que le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement *pendant le même espace de temps*, nous ne croyons pas que la loi ait entendu autre chose, si ce n'est qu'il est passible de l'emprisonnement de trois mois à deux ans : par conséquent,

les tribunaux pourraient infliger le *maximum* à un corrupteur, quoique la femme ne fût condamnée, à raison de sa jeunesse et des autres circonstances de la cause, qu'à une détention moins longue, soit par le tribunal civil, dans le cas de séparation de corps, soit par les tribunaux correctionnels eux-mêmes, dans celui de plainte en adultère.

541. Puisque les causes de séparation de corps sont formellement déterminées par la loi, et qu'il n'est pas permis aux tribunaux d'en accueillir d'autres, il suit de là que le mari qui aurait désavoué l'enfant né dans les cent quatre-vingts jours du mariage, ne pourrait pour cela former la demande en séparation. Il a été trompé, il l'a été cruellement; mais le désaveu, dans ce cas, est par lui-même une preuve que la conception de l'enfant n'est point le fruit de l'adultère, quoiqu'il soit celui d'un commerce illicite auquel le mari n'a eu aucune part.

542. L'adultère du mari est sans doute une action très blâmable, c'est une violation de la foi jurée; mais si l'on doit mesurer le degré de criminalité des actions sur la gravité de leurs conséquences, il est sensible que l'infidélité de l'époux est bien moins criminelle que celle de l'épouse (1). En vio-

---

(1) Quoi qu'en ait dit le plus mordant de tous les satiriques, en faisant ainsi parler une certaine *Laronia*, qui se plaint de ce que l'action en adultère ne soit pas ouverte aux femmes comme aux maris : DAT VENIAM CORVIS, VEXAT CENSURA COLUMBAS.

JUVEN., sat. 2.

lant la foi conjugale, la femme introduit des étrangers dans la maison de son mari. « Je puis avoir des « princes sans vous, disait une princesse à son « époux, et vous n'en pouvez avoir sans moi. » Rien de semblable dans les conséquences de l'adultère du mari. Ajoutez que la pudeur et la chasteté sont les premières vertus des femmes : ce sont les femmes elles-mêmes qui en ont fait leurs premières lois, consultant en cela au moins autant leur intérêt que le nôtre; car leur empire est détruit dès qu'elles les ont violées. Il faut donc que la dépravation soit portée à un plus haut degré chez celles qui les abjurent, qu'elle ne l'est chez l'homme, qui ne se dépouille de la continence que comme d'une vertu secondaire, à laquelle, bien à tort, sans doute, les mœurs et l'opinion n'attachent qu'une estime proportionnelle, et par cela même parfois trop peu recherchée. « La violation de la pudeur, dit Mon- « tesquieu, suppose dans les femmes un renonce- « ment à toutes les vertus; et la femme, en violant « les lois du mariage, sort de l'état de dépendance « naturelle (1). »

Aussi, le plus grand historien de l'ancienne Rome dit-il, avec son énergie accoutumée, que la femme qui a violé les lois de la pudeur se livre bientôt à d'autres crimes : *Neque fæmina, amissâ pudicitiâ alia flagitia abnuerit* (2).

---

(1) *Esprit des Lois*, liv. XXVI, chap. VIIII.
(2) Tacite, *Annal.*, lib. IV, n° 3.

Et M. d'Aguesseau (1), développant cette vérité, fait observer que « l'adultère est souvent le pre-« mier pas qui conduit à l'assassinat; qu'il semble « que cette conjecture soit devenue une présomp-« tion de droit, et qu'elle ait passé en maxime « ordinaire dans les tribunaux : *Adultera, ergo* « *venefica.* »

Enfin l'on peut dire, avec Gerbier (2) « qu'il est « rare de voir une accusation d'adultère intentée « par un mari; la crainte de l'éclat l'arrête : il sait « qu'il ne peut publier le crime de sa femme sans « se couvrir de honte. Le préjugé seul étoufferait « ses plaintes, si le déshonneur réel qui en est la « suite ne suffisait pas pour le déterminer à dévo-« rer en secret ses malheurs.

« Toutes ces raisons cessent du côté de la femme : « elle ne jouit qu'avec plus de gloire de sa propre « vertu, lorsque son mari se déshonore lui-même « par ses infidélités.

« Enhardie par cela même à poursuivre un mari « coupable, rien ne pourrait donc mettre un frein « à sa vengeance : parce qu'elle ne risquerait rien, « elle oserait tout; le plus léger soupçon devien-« drait le prétexte d'une accusation, et la foi so-« lennelle du lien conjugal serait compromise à « chaque instant. »

Telles sont les raisons générales qui ont fait éta-

---

(1) 51e Plaidoyer.

(2) Mémoire pour le comte de Montboissier.

blir les différences légales entre l'infidélité du mari et celle de la femme, et qui interdisent à celle-ci la faculté de demander la séparation de corps pour simple adultère de son époux.

543. Mais, lorsqu'au tort déjà si grave de la violation de la foi promise, le mari joint celui d'offenser les regards de son épouse par le spectacle de ses désordres; lorsqu'il substitue le scandale à l'innocence qui régnait dans sa maison, qu'il donne ainsi l'exemple du vice à ses enfans et à tous ceux qui l'entourent, alors la loi écoute les plaintes de la femme, et lui permet de se séparer de celui qui, pour l'outrager encore plus, choisit pour théâtre de ses passions licencieuses le lieu où elle ne devait être environnée que d'hommages, de considération et de respect. Ainsi l'adultère du mari, lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune, est pour la femme une juste cause de séparation de corps. (Art. 230 et 306.)

544. La loi a évité de se servir de l'expression *domicile commun;* elle a dit la *maison commune :* d'où il suit que si le mari avait tenu sa concubine ailleurs que dans la maison où est établi le domicile conjugal, par exemple, dans une maison de campagne où les deux époux seraient allés habiter pendant la belle saison, il y aurait lieu, pour la femme, à demander la séparation de corps; car cette maison serait alors la maison commune.

545. La cause de séparation existe aussi lorsque

le mari tient une concubine dans la maison commune, encore que sa femme ait cessé de résider avec lui, puisqu'elle n'a point pour cela perdu le droit de se faire recevoir dans l'habitation conjugale, et qu'elle peut s'y présenter quand bon lui semblera. La question a été jugée en ce sens, en matière de divorce, par la Cour de Poitiers (1), et en matière de séparation de corps, par arrêt de cassation (2).

On doit le décider ainsi, et à plus forte raison lorsque le mari abandonne sa femme et tient une concubine dans le nouveau domicile qu'il s'est choisi : la femme a le droit d'être reçue à ce nouveau domicile; et d'ailleurs le premier tort du mari, en la quittant, ne peut atténuer celui qu'il commet en tenant une concubine dans la maison qui ne devrait être occupée que par l'épouse légitime : le domicile du mari est toujours la maison commune (3).

546. Il n'est pas nécessaire, pour que la femme puisse demander la séparation de corps pour adultère du mari, qu'il tienne encore sa concubine dans la maison commune; il suffit qu'il l'y ait tenue, et qu'il n'y ait pas eu de réconciliation.

---

(1) Le 28 messidor an XII. Sirey, 1804, 2, 180.

(2) Le 21 décembre 1818. Sirey, 19, 1, 163. Voir aussi un arrêt de la Cour d'Agen, du 27 janvier 1825. Sirey, 1825, 2, 7.

(3) La Cour d'Orléans a jugé en ce sens, et son arrêt a été confirmé par la Cour de cassation, le 9 mai 1821. Sirey, 21, 1, 349. La Cour de Limoges avait jugé le contraire, le 2 juillet 1810. Sirey, 11, 2, 236.

Et la cause de séparation existe quoique la concubine n'ait pas été introduite par le mari dans la maison commune, mais par la femme, qui l'avait prise pour domestique (1).

547. Mais le fait d'adultère du mari, quoique commis dans la maison commune, avec une femme qui n'y demeurerait pas, qui n'y serait qu'accidentellement, ne serait peut-être pas considéré comme étant, dans le sens de la loi, une cause de séparation de corps, à moins qu'à raison de quelques circonstances, ce fait n'acquît le caractère d'injure grave; comme si l'adultère avait été répété : car la loi ne dit pas que l'adultère du mari, *dans la maison commune,* sera pour l'épouse une cause de séparation; elle dit que l'adultère du mari sera pour la femme une cause de séparation, lorsque celui-ci aura *tenu* sa concubine dans la maison commune; et le sens naturel de ce mot ne paraît pas s'appliquer à une action fortuite, quelque coupable qu'elle soit; il semble, au contraire, que c'est le scandale qui résulte de la présence de la concubine que l'on a voulu punir, en donnant à l'épouse outragée par cette présence le droit de s'y soustraire.

548. Le mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui a été convaincu sur la plainte de sa femme, est puni d'une amende de

---

(1) Ainsi jugé en matière de divorce, et avec raison, par la Cour d'Amiens, le 13 fructidor an XI. Sirey, 7, 2, 203.

cent francs à deux mille francs. (Art. 339, C. P.) (1)

Mais lors même que la séparation de corps serait prononcée contre lui pour cette cause, la peine dont il s'agit ne pourrait lui être appliquée par le tribunal civil; elle ne pourrait l'être que par le tribunal correctionnel, parce que la loi ne déroge point, comme le fait l'article 308 du Code civil, à l'ordre ordinaire des juridictions, en prescrivant à un tribunal civil de prononcer la peine correctionnelle dont il s'agit. Au surplus, le fait étant juridiquement constaté, il ne pourrait être remis en question par le mari, lors même que le jugement de séparation de corps n'aurait été rendu que par défaut, et n'aurait acquis force de chose jugée que parce qu'il n'y aurait formé ni opposition ni appel; car, par cela même, il a témoigné qu'il était bien dûment rendu.

549. Les excès, sévices et injures graves de l'un des époux envers l'autre forment la troisième cause de séparation de corps.

Elle est, comme on voit, réciproque.

La jalousie, le plus grand ennemi du bonheur

---

(1) Sans préjuger, quant à présent, la question de savoir si, contrairement à l'ancienne jurisprudence, la condamnation prononcée contre le mari pour simples délits, et qui est exécutoire sur la communauté, aux termes de l'article 1425, donne lieu à une indemnité au profit de la femme, il ne nous paraît pas douteux que, dans le cas dont il s'agit, cette indemnité ne soit due; autrement la peine tournerait au préjudice de la femme, et par cela même, l'exercice de l'action que la loi lui a donnée serait en quelque sorte paralysé dans sa main.

conjugal, la haine et le mépris, sont les causes les plus ordinaires des excès, des sévices et injures graves entre les époux.

Le sentiment cruel de la jalousie, plus funeste encore pour celui qui l'éprouve que pour celui qui en est l'objet, et qui bannit de l'union conjugale les plaisirs et la tranquillité, n'est malheureusement que trop souvent le triste résultat du mariage; mais la haine et le mépris sembleraient devoir être des sentimens étrangers aux époux l'un envers l'autre; et il en serait ainsi sans doute, si, au lieu d'être formées par le hasard ou l'intérêt, comme on ne le voit que trop fréquemment, les unions étaient toujours bien assorties. On ne verrait pas entre des époux cette opposition de caractères, de goûts et d'humeur, qui fait naître une antipathie insurmontable, et d'autant plus vive, disait avec raison le savant et respectable Pigeau, que l'habitude d'être ensemble, en leur faisant connaître leurs défauts réciproques, a pour effet inévitable de les leur faire exagérer sans cesse, et de les leur faire détester de plus en plus.

550. On entend par *excès*, ces faits d'emportement et de fureur qui peuvent mettre la vie de l'époux en danger. A cet égard, il n'y a pas, comme pour les injures, à considérer la qualité des personnes; car lorsque ces faits ont réellement le caractère d'excès, qu'importe qu'ils soient commis envers une femme du peuple ou envers une per-

sonne d'une condition plus relevée? Il ne s'agit pas alors d'apprécier, par l'éducation, le rang et les habitudes, le degré de sensibilité qu'a causé l'offense : le mot *excès* dit tout ; et dès que l'existence d'une femme est compromise par les emportemens d'un forcené, il est instant de soustraire sa victime à ses fureurs.

Quelquefois l'on a vu aussi une femme d'un caractère emporté, violent (1), dépouiller toute retenue, abjurer son sexe, se laisser dominer par la colère et la haine, au point de maltraiter gravement son époux, et lui rendre la vie commune insupportable, dangereuse même ; alors, pour prévenir de plus grands maux, la loi autorise pareillement le mari à demander la séparation.

551. Les *sévices*, *sævitia*, sont ces actes de cruauté qui, sans mettre la vie de l'époux en danger, lui causent néanmoins un mal réel. Ces faits peuvent se commettre d'une foule de manières ; ils prennent une multitude de formes. Ils sont généralement plutôt l'effet d'une cruauté froide, d'une absence totale de tout sentiment de pitié et de commisération, que le résultat de l'emportement et de la fureur, et ils en sont par cela même plus odieux encore. Ainsi un mari qui, par haine, mépris ou indifférence, dédaigne de faire soigner sa femme dans ses maladies ou ses infirmités, qui

---

(1) *Notumque furens quid fœmina possit.*

lui refuse ce qui lui est nécessaire pour sa nourriture et son entretien, lorsqu'il a les moyens de le lui procurer, qui s'abstient de la secourir quand sa vie, sa liberté ou son honneur sont en péril, méconnaît manifestement le principe qui prescrit aux époux de se prêter mutuellement *secours et assistance ;* et cette infraction est assez grave pour être mise au rang des *sévices*, par conséquent, pour autoriser la demande en séparation de corps.

552. Généralement aussi les voies de fait, les simples coups sont des sévices; mais ils tirent leur caractère de gravité de la condition des personnes, de leur éducation, des circonstances du temps ou du lieu où les faits se sont passés; car une femme du bas peuple, qui rarement d'ailleurs laisse cette offense sans représailles, et qui trouve par cela même une satisfaction dans la vengeance soudaine qu'elle cherche à en tirer, en sera généralement peu affectée; tandis qu'une épouse élevée avec soin, et dont la sensibilité est en raison du rang qu'elle tient dans la société, de la compagnie dans laquelle elle a vécu, et de plusieurs autres causes qui ont produit chez elle une délicatesse de sentimens entièrement inconnue à la première, en éprouvera une impression vive et durable.

553. Pour les *injures*, elles se commettent aussi de plusieurs manières : par des propos insultans, des diffamations, par écrit ou verbales, par des ca-

lomnies, des dénonciations, etc. (1). Ainsi les chagrins, les peines, les traverses qu'une femme éprouve par suite de ces mauvais traitemens doivent, jusqu'à un certain point, être mis sur la même ligne que les sévices et les coups. « Qu'im« porte, en effet, dit M. Merlin, qu'une femme pé« risse victime des effets lents, mais inévitables, de « la douleur que lui causent les outrages continuels « d'un mari qui la hait ou la méprise, ou qu'elle « expire sous l'effort des coups meurtriers dont il « l'accable? Le remède de la séparation n'est pas « moins nécessaire pour prévenir le premier mal« heur que pour détourner le second. » Tout ce qu'il y a à dire, c'est que pour les propos offensans, les menaces, les insultes, encore plus que pour les sévices, tels faits qui devraient être insuffisans pour faire séparer des époux nés dans les classes laborieuses du peuple, prennent, entre personnes d'un état plus relevé, un caractère de gravité qui peut être considéré comme une cause légitime de séparation.

---

(1) Ainsi l'accusation d'un crime capital, intentée calomnieusement par l'un des époux contre l'autre, est une juste cause de séparation, comme l'a jugé un arrêt de 1716, rapporté ou cité par presque tous les anciens auteurs.

La même chose avait été jugée par arrêt du 16 juillet 1695, sur les conclusions de M. d'Aguesseau (34[e] plaidoyer), dans l'affaire du sieur Delâtre, contre Marie Courtin, sa femme. Delâtre avait formé contre son épouse l'accusation de supposition de part (*crimen suppositi partûs*); la femme, outrée de cette calomnie, forma demande en séparation d'habitation, et la Cour la prononça sur la seule justification de cette imputation calomnieuse.

C'est au magistrat, qui sait que l'indulgence est une des vertus conjugales, à ne point écouter les éclats d'un ressentiment né d'une susceptibilité exagérée, mais à avoir égard à la juste douleur produite par des offenses réelles et non provoquées.

554. Ainsi le mari qui accuserait sa femme d'adultère lui ferait une injure grave dans le sens de la loi. Le caractère de l'offense s'aggraverait encore de la publicité qu'il lui aurait donnée; et même, dans certains cas, une telle accusation, quoique renfermée dans des lettres adressées par le mari à sa femme, pourrait autoriser celle-ci à obtenir la séparation. Une injure de cette nature, quoique secrète, lorsqu'elle n'est pas uniquement l'effet d'un transport jaloux que son aveuglement seul et quelques apparences trompeuses peuvent, dans certaines circonstances, faire excuser, ne porte pas moins la douleur dans le cœur d'une épouse vertueuse, et suffit par conséquent pour fonder la demande en séparation, ainsi que l'a décidé la Cour de Poitiers, par arrêt du 29 juillet 1806. Sirey, 1806, 2, 191.

D'après cela, la demande en séparation pour cause d'adultère, et sur laquelle le demandeur a succombé faute de preuves, est pour l'autre une injure grave faite à ses mœurs et à sa conduite, et, dès lors, c'est pour lui une cause de séparation de corps.

A plus forte raison en doit-il être ainsi, lorsque,

pour s'excuser des mauvais traitemens sur lesquels la femme a fondé sa demande en séparation, le mari prétend publiquement qu'elle s'était alors rendue coupable d'adultère. Ce fait seul d'injure, si l'adultère n'est pas prouvé, suffit aux juges pour prononcer la séparation, comme l'a très bien jugé la Cour de Paris, le 14 décembre 1810. (Sirey, 1811, 2, 236.)

Au reste, dans tous les cas où le mari prouverait que sa femme s'est réellement rendue coupable des faits qu'il lui a reprochés, celle-ci devrait être déclarée non recevable dans sa demande. La loi offre son appui à la femme opprimée, et non à la femme impudique. Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant.

555. Ce serait aussi une injure grave que le mari ferait à sa femme s'il refusait de la recevoir, et si ce refus n'était pas l'effet d'un mouvement de vivacité et d'humeur, s'il avait au contraire quelque persévérance. *Vice versâ*, la femme qui refuserait d'habiter avec son mari lui ferait injure, ainsi que nous l'avons dit au n° 436, *suprà*. Mais dans ces cas le tribunal pourrait, suivant les circonstances, accueillir l'offre faite par le défendeur devant le président, lors de la comparution des époux, de se réunir à son conjoint.

556. La Cour de Rouen a jugé, le 8 avril 1824 (Sirey, 1824, 2, 113), qu'un mari qui, ayant eu à se plaindre de l'inconduite de sa femme, avait trouvé

le moyen, en surprenant de l'autorité administrative une espèce de lettre de cachet, de la faire enfermer, s'était rendu coupable d'attentat à la liberté de son épouse, et lui avait ainsi fait une injure grave, encore qu'il y eût, dans l'espèce, des suppliques de la famille et des acquiescemens réitérés de l'épouse elle-même à ce qu'elle fût enfermée; en conséquence, la Cour a accueilli la demande en séparation de corps de celle-ci. Mais il faut observer qu'il y avait des circonstances graves, qui attestaient plus que de la dureté dans la conduite du mari.

557. Nous avons dit que la demande en séparation pour adultère, et sur laquelle le demandeur a succombé faute de preuves, est pour l'autre époux une cause de séparation de corps; mais il n'en serait pas ainsi de la demande en nullité du mariage : cette demande atteste, il est vrai, le peu d'affection qu'a le demandeur pour son conjoint; mais la loi s'est bien gardée de faire du peu d'attachement de l'un des époux envers l'autre une cause de séparation, et les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'ajouter à ses dispositions à cet égard.

Et quoique le mépris soit souvent plus difficile à supporter que la haine, dont les effets sont cependant plus violens et plus dangereux, la loi qui abandonne à la conscience les devoirs de pure morale ne l'a néanmoins point admis au nombre des causes de séparation, tant qu'il est *détaché de*

toute circonstance qui lui imprimerait le caractère d'injure grave. L'époux qui a le malheur d'éprouver ce sentiment pour son conjoint, et qui a le tort de le lui manifester, méconnaît sans doute ses devoirs; car il doit savoir, disait encore très bien M. Pigeau, que l'amour-propre domine tellement le cœur de l'homme, que tout ce qui le blesse nous révolte plus qu'un mauvais traitement réel, et que, si ménager avec soin celui de ses semblables est une maxime aussi sage qu'utile dans le monde, à plus forte raison doit-elle être observée dans la société conjugale, où l'attachement a pour fondement l'estime réciproque. Mais ces torts, quelque graves qu'ils soient aux yeux de la morale, ne le sont toutefois pas assez aux yeux de la loi pour autoriser le relâchement d'un lien que l'on doit encore respecter, lors même qu'il ne procure pas le bonheur qu'il semblait promettre.

558. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante (1) est, comme nous l'avons dit, la quatrième cause d'après laquelle peut avoir lieu la séparation de corps.

La loi n'a pas voulu contraindre l'époux innocent à partager les humiliations et l'avilissement de l'époux déshonoré. Une des conditions sous-entendues dans le contrat, c'est de conserver l'honneur

---

(1) Voir aux articles 7 et 8 du Code pénal, quelles sont les peines afflictives ou simplement infamantes.

et de le transmettre aux enfans comme leur plus précieux héritage.

559. Aussi nous croyons que, lors même que par la clémence du Roi la condamnation aurait été commuée en une peine non infamante, la séparation n'en pourrait pas moins être demandée : l'effet moral, le déshonneur, n'en subsiste pas moins, quoique peut-être avec moins d'intensité. La loi attache la cause de la séparation de corps à la *condamnation*, et la condamnation existe. Nous verrons au chapitre suivant s'il résulterait une fin de non-recevoir de ce que le condamné aurait subi sa peine sans que le conjoint eût demandé la séparation, et si la cohabitation depuis la condamnation éteindrait aussi l'action.

560. Mais il faut que la condamnation soit devenue définitive, qu'elle ne soit plus susceptible d'être réformée par une voie légale. (Art. 261, rapproché des art. 232 et 306.)

Il suit de là que, si elle n'a été prononcée que par contumace, le conjoint, quoiqu'elle ait été exécutée par effigie, ne pourra qu'après vingt ans, depuis sa prononciation demander la séparation de corps pour cette cause, puisque ce n'est qu'à cette époque qu'elle est irréformable, aux termes des articles 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, analysés et combinés.

Cependant, à cet égard, nous croyons qu'il faut faire une distinction entre les condamnations à

une peine n'emportant pas mort civile, et celles qui entraînent cette peine. Pour les premières, s'applique ce que nous venons de dire; mais pour les autres, comme la mort civile est encourue après les cinq ans depuis l'exécution du jugement par effigie (sans cependant, suivant notre opinion (1), que le mariage soit dissous à cette époque), et que le conjoint peut exercer ses droits légaux et conventionnels, de même que si le condamné était mort naturellement (art. 25 et 27 combinés), il nous paraît conforme à ces principes qu'il puisse demander la séparation de corps.

Mais si le condamné reparaissait, et s'il était absous, ou condamné à une peine qui ne fût ni afflictive ni infamante, il pourrait faire tomber le jugement de séparation, sans préjudice des effets que la mort civile aurait produits depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice (art. 30), et sans préjudice aussi des actes que la femme séparée aurait faits sur ses biens en vertu de sa nouvelle qualité, ou d'après l'autorisation de la justice.

561. Si la condamnation était antérieure au mariage, l'époux qui la connaissait serait non recevable à demander la séparation. Il s'est librement associé au déshonneur, il doit partager le mépris qui y est attaché.

---

(1) Voir au tome I, n° 253, et *suprà*, n° 521.

562. Mais, s'il avait été trompé sur l'état de son conjoint, nous croyons, contre l'opinion de plusieurs jurisconsultes, qu'il pourrait demander la séparation de corps. On oppose à cette décision la rédaction de l'article 232, qui dit : « La condamnation *de l'un des époux* à une peine infamante sera « pour l'autre une cause de divorce. » Donc, dit-on, il faut que la condamnation ait été prononcée contre l'individu lorsqu'il était déjà époux.

C'est forcer le sens de la loi : comment aurait-elle pu s'exprimer autrement ? de quel terme pouvait-elle se servir pour désigner la personne dont l'infamie devenait une cause de séparation, surtout lorsque le mot *époux* est en corrélation avec le mot *autre*, qui suit immédiatement? Il n'est nullement à croire qu'en employant le mot *époux*, le législateur ait entendu considérer la qualité de la personne uniquement au moment de la condamnation, et subordonner l'effet de la disposition à l'existence de cette qualité à cette époque : il a simplement entendu désigner la personne par la qualité qu'elle a au moment où la séparation est demandée contre elle pour cause d'infamie. Ce n'est pas le seul cas où la loi, se référant à une époque où la personne n'a point encore la qualité d'époux, lui donne néanmoins cette qualification : c'est ainsi, notamment, que, dans l'article 1573, première partie, on considère le mari à une époque où il n'était pas encore tel, et on lui donne cependant, comme désignation, la qualification de *mari.*

Quel est d'ailleurs le motif de la loi? Ce motif est incontestablement l'injustice qu'il y aurait à forcer un époux innocent de vivre avec un infâme, de partager son avilissement et la honte dont il est couvert, de contraindre en quelque sorte une malheureuse épouse à donner le jour à des enfans qui, dans l'ordre des idées sociales, ou, si l'on veut, des préjugés, auraient à souffrir d'une faute qui n'est point la leur : telle est la véritable raison de la loi; les jurisconsultes dont nous combattons le sentiment n'en donnent eux-mêmes pas d'autre. Or, cette raison est absolument la même, la situation de l'époux innocent est absolument identique, soit que la condamnation ait eu lieu avant le mariage, soit qu'elle n'ait été prononcée que depuis : celui qui l'a trompé doit être encore à ses yeux moins digne d'indulgence que dans le second cas. Réfuterons-nous aussi cette autre objection, que l'époux devait connaître la condition de celui auquel il s'est uni? Mais si ce raisonnement avait quelque valeur dans les cas de fraude ou d'erreur, jamais l'action pour faire annuler les contrats entachés de ces vices ne serait admise; elle trouverait toujours une fin de non-recevoir écrite dans cette règle, dont on fait ici une fausse application. C'est à celui qui se plaint d'avoir épousé une fille cadette, croyant épouser l'aînée, héritière de la principauté de son père, qu'on pourrait dire avec plus de fondement : Vous deviez connaître la condition de celle que vous avez épousée; tant pis pour vous si

vous vous êtes trompé. Du moins son erreur n'a pas de bien funestes conséquences, puisque la personne lui a fort bien convenu, et que ce n'est que la privation de la dot qui excite ses regrets. Cependant on dit (1) que, dans ce cas, le mariage est nul pour vice d'erreur *dans la personne;* et l'on refuse à la femme qui, par suite d'une erreur bien prouvée, a eu le malheur d'épouser un forçat libéré, le triste droit de se soustraire à son avilissante société : c'est ce que nous n'admettrons jamais (2). Nous lui reconnaissons même, comme nous l'avons dit au n° 62, *suprà*, celui de demander la nullité du mariage, à la charge d'intenter son action dans les six mois depuis la découverte de l'erreur. Dans l'opinion de presque tous les orateurs qui ont pris part à la discussion au Conseil d'État sur l'art. 146, cette décision n'aurait souffert aucune difficulté, puisqu'ils entendaient que l'erreur sur des circonstances infiniment moins graves devrait être une cause de nullité du mariage, surtout, comme dans

---

(1) M. Toullier. Voir le n° 64, *suprà.*

(2) M. Delvincourt dit fort bien que si la condamnation était antérieure au mariage, et *si elle était connue*, l'époux devrait s'imputer d'avoir contracté un pareil mariage, et conséquemment qu'il serait non recevable dans sa demande en séparation; nous l'avons dit nous-même. Mais il est clair que ce jurisconsulte partage notre opinion pour le cas où l'époux innocent ignorait la condition de l'autre.

M. Toullier a écrit, au contraire, que cet époux connaissait ou devait connaître la condition de son conjoint, et il rejette dans tous les cas la demande en séparation, en fondant son sentiment sur les raisonnemens que nous avons réfutés.

l'espèce, lorsqu'il y a eu fraude de la part de l'autre époux. Ces orateurs n'étaient point touchés, ainsi qu'on peut le voir, de ce raisonnement, inapplicable au cas dont il s'agit, que l'époux devait connaître la condition de son conjoint; car il y a des cas où l'erreur est invincible, et, pour cela, les lois y ont égard. C'est sur ce principe qu'est fondée la disposition de l'article 202, suivant laquelle l'époux de bonne foi peut alléguer son erreur pour invoquer les effets civils du mariage, tant en sa faveur qu'en faveur des enfans : on ne peut lui dire qu'il devait connaître la condition de celui avec lequel il a contracté une union réprouvée; ce serait faire abus de la règle.

CHAPITRE II.

Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation de corps.

SOMMAIRE.

563. *L'action en séparation de corps est éteinte, comme l'était celle en divorce, par la réconciliation des époux, survenue, soit avant la demande, soit depuis.*

564. *Les articles* 272, 273 *et* 274 *du Code sont par conséquent applicables à la séparation de corps.*

565. *Si, depuis la réconciliation, l'époux s'est rendu coupable de nouveaux faits, le conjoint peut intenter l'action ou en former une nouvelle, et faire valoir les anciens faits.*

566. *Il n'est pas nécessaire pour cela que les faits nouveaux soient aussi graves que les premiers, pourvu qu'ils aient de la gravité.*

567. *On peut même, après une réconciliation intervenue sur une demande en séparation de corps, et lorsqu'il y a des cau-*

ses nouvelles, faire valoir des faits qui n'avaient point été présentés à la justice.

568. *On peut aussi, lorsqu'il y a des faits nouveaux, présenter ceux qui, sur une demande rejetée, ont été déclarés non pertinens et inadmissibles.*

569. *Si le demandeur nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fait la preuve.*

570. *Les tribunaux sont juges souverains des faits de réconciliation : leurs décisions à cet égard ne pourraient tout au plus que renfermer un* mal jugé.

571. *La survenance d'enfans depuis les faits imputés n'est pas toujours une présomption décisive de la bonne intelligence des époux à l'époque de la conception desdits enfans.*

572. *L'action en séparation de corps pour cause de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, n'est pas éteinte par le silence du conjoint pendant la durée de la peine.*

573. *En général, elle est éteinte par la cohabitation après l'expiration du temps de la peine : il y a renonciation au droit de la faire valoir.*

574. *L'adultère du mari qui a tenu sa concubine dans la maison commune doit le rendre non recevable à demander la séparation de corps pour adultère de la femme;* vel vice versâ.

575. *La femme demanderesse en séparation de corps pour cause d'excès ou sévices peut être déclarée non recevable lorsque le mari prouve que les excès ont été causés par le déréglement de mœurs de sa femme.*

576. *Si la Cour reconnaît d'abord que les excès sont de la nature de ceux prévus par la loi, est-elle ensuite forcée, sous peine de cassation, d'admettre la séparation de corps? ou peut-elle encore déclarer la demanderesse non recevable, attendu que les excès ont été provoqués par ses déréglemens? Controverse.*

577. *Les magistrats ont un pouvoir discrétionnaire dans l'admission de la demande en séparation de corps, quoique les faits aient été provoqués par les torts du demandeur.*

578. *La disposition de l'article 269, qui déclare non recevable dans sa demande en divorce la femme qui ne justifie pas de sa résidence dans la maison convenue ou indiquée, n'est point applicable à la femme demanderesse en séparation de corps.*

579. *La demande en séparation de biens n'opère pas non plus une fin de non-recevoir contre l'action en séparation de corps.*

580. *La mort de l'un des époux pendant l'instance n'empêche pas toujours que l'action ne soit continuée,* an benè vel malè, *à cause du préciput et des dépens.*

563. Suivant l'article 272, « l'action en divorce « est éteinte par la réconciliation des époux, surve-« nue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser « cette action, soit depuis la demande en divorce. »

Comme l'action en séparation de corps a absolument les mêmes causes que celles qu'avait l'action en divorce, il est juste qu'elle puisse être repoussée par les mêmes fins de non-recevoir; car le pardon d'une injure a toujours eu pour effet de l'effacer; et dès que l'époux offensé a fait remise de l'offense, l'action en séparation de corps, comme celle en divorce, n'a réellement plus de cause; son principe s'est évanoui par la réconciliation.

564. Ainsi, les articles 272, 273 et 274 s'appliquent tout aussi bien à la séparation de corps qu'au divorce, quoiqu'ils ne soient point rappelés au chapitre de la *Séparation* : la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. En sorte que s'il y a eu réconciliation, soit depuis les faits qui pouvaient autoriser l'action, soit depuis

qu'elle a été exercée, le demandeur doit être déclaré non recevable dans sa demande (art. 273); et l'arrêt qui, en reconnaissant, en *fait,* qu'il y a eu réconciliation, admettrait la séparation sans déclarer qu'il y a eu des faits nouveaux, ne contiendait pas simplement un *mal jugé*, il renfermerait une violation de la loi, et mériterait d'être cassé.

565. Mais si, depuis la réconciliation, l'époux s'est rendu coupable de nouveaux faits, le conjoint peut intenter l'action, ou renouveler celle sur laquelle il a été déclaré non recevable, et alors il peut faire usage des anciennes causes pour appuyer sa demande (*ibid.*); car il est censé n'avoir remis les offenses dont il a été victime, que sous la condition que son conjoint les effacerait par une meilleure conduite.

L'article 273, il est vrai, ne statue expressément que sur le cas où l'action ayant déjà été intentée, le demandeur a été déclaré non recevable, puisqu'il dit qu'il pourra en intenter *une nouvelle;* mais sa disposition n'est point conçue dans un sens restrictif. Il ne serait pas juste, en effet, que l'époux qui a dévoré en silence des affronts continuels, dans l'espoir d'obtenir, par sa patience et sa douceur, quelque changement dans la conduite de son conjoint, ne pût se plaindre des outrages qu'il n'a pardonnés que sous une condition si mal observée.

566. Dans l'un comme dans l'autre cas, il n'est même pas nécessaire que les faits nouveaux soient

assez graves pour pouvoir fonder par eux-mêmes la demande en séparation, puisque la concession de la loi, en permettant de faire revivre les anciens, serait sans objet (1). Il n'est pas non plus de rigueur qu'ils soient aussi graves que les premiers, la loi ne l'exige pas; mais il faut du moins qu'ils aient de la gravité, afin que la réconciliation ne soit pas rendue illusoire. C'est aux tribunaux à peser dans leur sagesse si la demande n'est que le résultat du repentir d'avoir pardonné, ou si elle est, pour celui qui l'a formée, l'effet de la nécessité de faire cesser une insupportable oppression.

« La défense assez ordinaire dans ces sortes de « cas, disait M. Pigeau, est de diviser les faits nou- « veaux d'avec les anciens, de combattre ceux-ci « par la réconciliation, afin que les nouveaux, « restant seuls, soient moins puissans, et que la « preuve en soit plus difficilement admise; mais la « justice accueille toujours favorablement un époux « qui, loin d'éclater au premier outrage, a dévoré « en secret ses malheurs, et ne s'est pourvu que « lorsque son conjoint a prouvé que la patience, « loin d'être le remède à ses fureurs, en était au « contraire l'aliment. »

(1) C'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation, le 2 mars 1808. « Attendu, dit l'arrêt, qu'en jugeant les faits postérieurs « à la prétendue réconciliation assez graves pour faire revivre le « droit de prouver les faits antérieurs, la Cour d'appel de Caen n'a « fait qu'user d'une faculté qui lui est accordée par la loi, etc. » Sirey, 1808, 1, 202.

567. L'on peut même, après une réconciliation, et s'il est survenu de nouvelles causes de séparation de corps, en faire valoir qui sont antérieures, quand même elles n'ont point été présentées à la justice lors d'une première demande. Et, en effet, le silence gardé par l'époux sur ces faits peut tout au plus être considéré comme la remise qu'il en aurait faite par voie de réconciliation : or, la réconciliation n'empêche pas de faire valoir les faits antérieurs, lorsqu'il en est survenu de nouveaux.

568. Enfin, on peut faire valoir des faits déjà déclarés non pertinens et inadmissibles sur une première demande, quand ils se rattachent à de nouveaux faits; et le tribunal peut alors les admettre sans pour cela contrevenir à la chose jugée. Décidé en ce sens, et avec raison, par la Cour de cassation, le 28 juin 1815. Sirey, 1815, 1, 380.

569. Si le demandeur en séparation nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur devenant demandeur quant à son exception, d'après la règle *reus excipiendo fit actor*, doit en fournir la preuve, soit par écrit, soit par témoins. (Art. 274.)

570. Lorsque la réconciliation est expresse et prouvée, soit par l'aveu du demandeur en séparation, soit de toute autre manière, il n'y a pas de difficulté.

Mais le plus souvent elle n'est que tacite ou présumée, et s'induit de circonstances plus ou moins

concluantes, dont les tribunaux sont souverainement appréciateurs : c'est à eux à examiner si la conduite de l'époux offensé dans le fait de la prétendue réconciliation et depuis, et si celle de l'offenseur depuis cette époque, ne permettent pas de douter du pardon des offenses; en sorte que leurs décisions à cet égard peuvent bien être réformées par les Cours royales comme un *mal jugé;* mais les arrêts confirmatifs ou infirmatifs seraient à l'abri de la cassation.

571. La survenance d'enfans depuis les faits imputés a souvent été invoquée comme une preuve de bonne intelligence, ou du moins de réconciliation; mais cette présomption n'est pas toujours décisive. D'abord elle a moins de force contre la femme demanderesse, que contre le mari demandeur, lorsque celui-ci ne fonde pas sa demande sur l'adultère de sa femme, mais sur des excès, sévices ou injures graves. On sent, en effet, que, plus indépendant que la femme, la cohabitation est chez lui un acte plus libre, plus volontaire, et qui atteste plus facilement l'oubli des offenses. En second lieu, entre gens des classes inférieures de la société, qui sont obligés par état de vivre continuellement ensemble, la naissance des enfans n'est pas une présomption aussi puissante qu'entre personnes d'un rang plus élevé. Celles-ci n'étant point dans la nécessité d'être continuellement ensemble, cherchant, au contraire, des moyens de dissipation

dans la société, et le mari trouvant d'ailleurs dans l'indépendance d'une vie commode et tranquille, ainsi que dans sa fortune, l'occasion et la facilité de se livrer à ses penchans, on doit regarder la naissance des enfans comme l'effet d'un attachement réciproque, qui dément l'allégation des faits placés à l'époque de leur conception, ou comme la preuve d'une réconciliation qui a effacé les faits antérieurs. Enfin cette présomption est moins forte encore lorsque c'est la femme, accusée d'adultère, qui l'invoque en sa faveur, quand d'ailleurs ses désordres ne paraissent pas avoir cessé à l'époque de la conception des enfans.

572. Mais on peut demander si l'action en séparation de corps pour cause de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, est éteinte par le silence du conjoint pendant la durée de la peine, ou après, par la cohabitation, ou enfin par la réhabilitation du condamné?

D'abord, il nous paraît évident que le silence de l'époux pendant la durée de la peine de son conjoint ne saurait éteindre l'action; la loi n'en a pas fixé la durée à celle de la peine. Pendant que le condamné la subissait, l'époux innocent, séparé de fait, n'avait pas un intérêt aussi marqué à demander la séparation, que celui qu'il a maintenant; et quant aux secours qu'il aurait donnés à son conjoint, ils ne doivent être considérés que comme l'accomplissement d'un devoir.

573. Mais la question est plus grave, lorsqu'après la durée de la peine les époux ont vécu ensemble comme mari et femme, et surtout lorsqu'il est né des enfans. On peut voir dans le fait de cette cohabitation une renonciation au droit de demander la séparation. Il est bien vrai qu'en disant que l'action est éteinte par la réconciliation des époux survenue depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, l'article 272 paraît supposer que ces faits ont été commis par l'un d'eux envers l'autre, et qu'ils ont été l'objet du pardon accordé par l'époux innocent à l'époux qui s'en était rendu coupable, tandis qu'il n'en est pas ainsi dans le cas dont il s'agit : en sorte que cet article, relatif à la réconciliation, semble n'être point applicable à ce cas, puisqu'il est possible que les époux aient toujours été en bonne intelligence, malgré la condamnation. Mais l'on peut dire que s'il n'y a pas réconciliation, puisqu'elle ne peut intervenir qu'entre ceux qui sont divisés, il y a du moins renonciation tacite à l'action; de même que la cohabitation couvre les vices de violence et d'erreur, et rend non recevable l'action en nullité du mariage. Aussi nous croyons que le succès de celle en séparation de corps, dans le cas dont il s'agit, dépendrait beaucoup des circonstances. Généralement, la cohabitation libre et prolongée pendant un certain temps devrait être considérée comme une renonciation au droit de demander la séparation de corps, de même que la réconciliation entre époux divisés en

est une; car l'article 272 n'est pas exclusif de toute autre renonciation ou fin de non-recevoir, ainsi que nous allons le démontrer.

A plus forte raison, si l'époux condamné avait été réhabilité, la demande ne serait-elle plus recevable.

574. La réciprocité des torts doit aussi, en général, produire une fin de non-recevoir, surtout lorsqu'ils sont de même nature. Ainsi, d'après l'article 336 du Code d'instruction criminelle, le mari convaincu, sur la plainte de sa femme, d'avoir tenu une concubine dans la maison commune, ne pouvant accuser son épouse d'adultère, doit être par cela même non recevable à former contre elle une demande en séparation de corps pour la même cause; à moins toutefois, selon nous, que sa faute ne fût antérieure à celle de la femme, et qu'elle n'eût été effacée par la réconciliation; encore cette modification serait-elle subordonnée aux circonstances.

A plus forte raison, la femme coupable d'adultère doit-elle être déclarée non recevable dans sa demande en séparation de corps contre son mari qui a tenu sa concubine dans la maison commune; car assurément son délit est plus grave que celui du mari : la loi le reconnaît bien, puisqu'elle le punit d'une peine plus sévère. On doit donc, si l'on ne veut prêter au législateur des vues contradictoires, admettre, dans ce cas aussi, comme fin de non-recevoir, la compensation résultant de l'adultère réciproque.

Cependant la Cour d'Orléans a jugé (1) qu'une femme demanderesse en séparation pour cause d'adultère de son mari n'était pas non recevable dans sa demande, encore que celui-ci offrît de prouver que sa femme s'était elle-même rendue coupable du même délit. La Cour n'a point voulu admettre le mari à la preuve de son allégation, sur le motif que la loi n'a pas consacré cette fin de non-recevoir : « Considérant, dit l'arrêt, qu'on ne peut admettre « contre une demande d'autres fins de non-recevoir « que celles prévues par la loi, et que dans l'espèce « celle opposée par le sieur N... n'est consacrée par « aucune disposition du Code civil, etc. »

Cet arrêt a été déféré à la Cour de cassation : mais la Cour ne voyant, comme elle l'a dit, aucun *texte* de loi violé par lui, a rejeté le pourvoi en ces termes : « Attendu, sur le premier moyen, que « l'arrêt attaqué, en rejetant la fin de non-recevoir « résultant de l'imputation d'adultère faite par le « demandeur à sa femme, n'a violé aucun *texte* « de loi, etc.; rejette. »

Ainsi l'arrêt appartient à la Cour d'Orléans, et il est à croire qu'il ne fera pas jurisprudence; car s'il fallait entendre l'article 272 comme l'a interprété cette Cour, le mari complice de l'adultère de sa femme serait recevable à demander la séparation de corps contre elle pour le crime qu'il lui a fait commettre, puisque cet article n'établit pas non

---

(1) Le 16 août 1820. Sirey, 1821, 2, 134.

plus de fin de non-recevoir pour ce cas. Il n'en établit pas davantage contre l'époux qui aurait subi lui-même la peine des travaux forcés à temps, et qui viendrait demander la séparation de corps contre son conjoint condamné à la dégradation civique. Cependant les juges qui, s'attachant strictement à la règle, si souvent fautive, *inclusio unius fit alterius exclusio*, accueilleraient, dans ces cas, la demande en séparation, nonobstant la fin de non-recevoir, méconnaîtraient le véritable esprit de la loi, et blesseraient profondément le bon sens et la raison générale. En un mot, l'article 272 ne dit pas que l'action ne sera éteinte *que* par la réconciliation; il dit simplement qu'elle sera éteinte pour cette cause, ce qui est assurément bien différent. De plus, s'il faut s'attacher uniquement à ce que dit la lettre de la loi, on devra prétendre aussi, contre toute raison, contre l'opinion de tous les auteurs et contre la jurisprudence la plus constante, qu'il n'est permis à l'époux qui a pardonné et qui a été outragé de nouveau, de faire usage des anciens faits, qu'autant qu'il avait déjà introduit sa demande, puisqu'en disant qu'il pourra intenter une *nouvelle* action, l'article 273 suppose qu'une première avait déjà été introduite, et qu'il n'accorde cependant *expressément* la faculté de faire valoir les anciens faits que dans ce seul cas, dans celui où il n'avait point encore formé de demande en séparation de corps au moment de la réconciliation, il serait donc non recevable à faire va-

loir les anciens faits, ce qui n'est cependant pas soutenable. Ce raisonnement a d'autant plus de force, qu'il s'agit ici de l'action, tandis que dans le cas de la question, il s'agit de la fin de non-recevoir, infiniment plus favorable.

Enfin pourquoi récuser l'argument tiré de la loi pénale? Jamais il n'en fut de plus puissant. En effet, en matière criminelle, il est de principe que le délit de l'un n'excuse pas celui de l'autre, fût-il commis par représailles; et si l'on a fait fléchir le principe dans le cas d'adultère, c'est parce que ce délit ne pouvant être dénoncé que par l'époux victime des infidélités de son conjoint, il n'a pas paru raisonnable d'écouter les plaintes de celui qui a lui-même donné à l'autre l'exemple du déréglement : or, à plus forte raison, en doit-il être ainsi en matière de séparation de corps, où le demandeur n'agit point dans l'intérêt de la vindicte publique, ni même pour se venger d'une offense reçue, mais bien dans son propre intérêt, et pour recouvrer son indépendance. Sa propre faute doit donc lui fermer la bouche (1).

---

(1) La loi 39, ff. *Soluto matrimonio*, dit que, dans ce cas, les torts se compensent, non pas en ce sens que les époux n'ont pu se séparer : car, à cette époque de la législation romaine, chacun d'eux, et surtout le mari, pouvait arbitrairement répudier son conjoint, sauf quelques peines pécuniaires, comme la privation des avantages matrimoniaux, etc.; mais en ce sens, qu'étant en faute l'un et l'autre, aucun d'eux ne pouvait faire valoir contre l'autre les peines et déchéances résultant de la répudiation non motivée, « *quia paria delicta mutuâ pensatione dissolvuntur.* »

Le Code prussien et les lois anglaises n'admettent pas non plus

D'ailleurs, refuserait-on au conjoint qui peut avoir aussi intérêt à obtenir la séparation à cause du préciput (art. 1518), le droit de la demander de son côté? Dans le système que nous combattons, on ne le pourrait sans inconséquence; car ce droit n'est pas le prix de la course. Nulle part la loi ne fait résulter une fin de non-recevoir de ce que l'époux qui est dans un des cas prévus par elle s'est laissé prévenir par son conjoint (1) : il faudrait donc, dans celui-ci, prononcer la séparation contre l'un et contre l'autre; ce qui répugnerait aux principes.

575. La Cour d'Orléans elle-même n'a pas toujours méconnu que les torts de l'un des époux pouvaient excuser ceux de l'autre. A la vérité, elle l'a ainsi décidé dans l'espèce où ceux du défendeur avaient été provoqués par ceux du demandeur, et où ils n'étaient que l'effet de la juste douleur qu'ils lui avaient causée, tandis que l'adultère de l'un ne doit point être considéré comme une conséquence de celui commis par l'autre; mais, en laissant de

---

une femme adultère à venir demander la séparation pour cause d'adultère de son mari.

Et malgré l'extrême facilité avec laquelle elle avait autorisé le divorce, la loi du 20 septembre 1792 avait néanmoins interdit à l'époux coupable de déréglemens la faculté de le demander pour inconduite du conjoint : il y avait compensation.

Enfin la Cour de cassation a appliqué ce principe par arrêt du 7 nivose an VII. Sirey, tome IV, part. 1, pag. 187.

(1) Le rejet de la demande, sur le motif qu'elle est récriminatoire, ne serait pas fondé. *Voyez* même au n° 325, *suprà*, un arrêt qui a admis la demande en nullité du mariage, formée sur l'action en séparation de corps intentée par le conjoint.

côté cette différence, toujours est-il qu'elle a admis la compensation des offenses, puisque les unes et les autres étaient par elles-mêmes de nature à fonder la demande en séparation, et que néanmoins la Cour a rejeté celle qui avait été formée.

Voici dans quelle espèce :

Le nommé Chevé avait appliqué plusieurs coups de pelle à feu sur les bras et la figure de sa femme; il l'avait étendue par terre, avec effusion de sang et meurtrissures; il l'avait traînée par les cheveux; il lui avait mis un pistolet sur la poitrine, la menaçant de lui arracher la vie : ces faits, constans, avaient pour cause l'inconduite et le déréglement de mœurs de la femme. Celle-ci demanda le divorce; mais, par arrêt du 5 pluviose XII, la Cour d'Orléans décida que les faits articulés et prouvés par la femme Chevé n'étaient pas de la nature de ceux caractérisés par la loi pour autoriser la demande en divorce, vu l'inconduite et le déréglement de mœurs de ladite femme Chevé. Elle se pourvut en cassation, et, par arrêt du 14 prairial an XIII, son pourvoi fut rejeté, conformément aux conclusions de M. Merlin, en ces termes :

« Considérant que la Cour d'appel d'Orléans, en « rejetant la demande en divorce dirigée par Anne- « Adélaïde Guillon, femme Chevé, a déclaré que « les excès, sévices et injures dont celle-ci se plaint, « n'ont pas la qualité requise par l'article 231 du « Code civil qu'elle invoque, et qu'elle peut les « faire cesser par un prompt retour à de bonnes

« mœurs; que, conséquemment, ledit article n'a « pas été violé; la Cour rejette. »

Celle d'Orléans ayant jugé, *en fait*, que les torts de Chevé n'étaient pas de la nature de ceux caractérisés par la loi pour autoriser la demande, vu l'inconduite et le dérèglement de mœurs de sa femme, sa décision pouvait bien, dans l'espèce, renfermer un *mal jugé;* mais elle ne contenait, en effet, aucune violation de la loi.

576. Mais si la Cour eût reconnu d'abord en fait que les excès étaient de nature à autoriser la demande en séparation, et néanmoins qu'elle eût, attendu qu'ils avaient été provoqués par le dérèglement de mœurs de la demanderesse, déclaré celle-ci non recevable, alors il y aurait eu une question de droit à juger par la Cour de cassation.

Nonobstant la règle que les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, et bien que la loi n'ait pas fait une fin de non-recevoir de la circonstance dont il s'agit, nous pensons (1) que la Cour d'appel aurait pu rejeter la demande sans encourir la censure; car nierait-on, par exemple, que les tribunaux ne pussent déclarer non recevable celui qui a été lui-même flétri, et qui viendrait demander la séparation pour cause d'infamie de son conjoint, ou le mari qui a lui-même prostitué sa femme, et qui voudrait s'en séparer pour cause d'adultère? On

(1) Contre l'opinion de M. Toullier.

n'oserait pas aller jusque-là, et néanmoins la loi n'a pas fait non plus expressément des fins de non recevoir de ces circonstances. En rejetant le pourvoi dans l'affaire citée au numéro 574, sur le seul motif que l'arrêt attaqué n'avait violé le *texte* d'aucune loi, la Cour de cassation a laissé clairement entendre que si la *lettre* de la loi n'était point blessée par cette décision, il n'en était pas tout-à-fait de même de son esprit; et il s'agissait cependant de l'inadmission d'une fin de non-recevoir expressément prévue par elle. Enfin, pourquoi veut-on que, pour soustraire sa décision à la cassation, une Cour royale ne puisse déclarer toute la vérité, et qu'au lieu de reconnaître avec sincérité que les faits contenus en la demande en séparation sont graves et de la nature de ceux exigés par la loi, mais qu'attendu qu'ils ont été provoqués par l'inconduite du demandeur, ils sont susceptibles d'excuse, elle soit obligée de mentir à sa propre conscience, en déclarant que ces mêmes faits, vu l'inconduite du demandeur, n'ont pas le caractère déterminé par la loi? Cette distinction subtile, qui ne repose que sur une dissimulation d'une partie de la vérité, n'est point du tout dans son esprit. D'ailleurs, un arrêt ne doit point être ainsi scindé dans ses dispositions; c'est dans son ensemble qu'il doit être considéré par la Cour suprême (1).

---

(1) La Cour de Toulouse, par son arrêt du 9 janvier 1824 (Sirey,

577. Au surplus, si les magistrats ne doivent pas facilement écouter les plaintes d'une femme d'un caractère violent, qui aura lassé par ses emportemens et ses fureurs la patience de son mari, ou d'une femme impudique qui se sera attiré par ses dérèglemens l'effet du juste courroux de son époux outragé, d'autre part aussi le bon ordre ne veut pas qu'ils tolèrent, par l'exemple de l'impunité, des vengeances poussées trop loin. Si la répression d'un outrage récent est excusable, si la loi elle-même excuse le meurtre commis par le mari sur l'épouse surprise en flagrant délit d'adultère, c'est qu'elle juge que la chaleur de l'indignation ôte à la volonté ce qui la rendrait criminelle; mais elle réprime les vengeances réfléchies, exercées froidement; et celles qui auraient ces caractères constitueraient des excès ou des sévices graves, de nature à autoriser la séparation de corps, malgré les torts du demandeur. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

578. Suivant l'article 269, la femme, dans le cas de demande en divorce, est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en est requise : à défaut de cette justifica-

---

1824, 2, 170), semble avoir confirmé la justesse de ces observations, en déclarant « que les sévices imputés au défendeur ont pris un caractère de violence très répréhensible; qu'ils paraîtraient même « *suffisans pour faire prononcer la séparation*, si d'ailleurs il n'était « prouvé que la demanderesse était tombée dans quelques égaremens « que le mari ne pouvait révoquer en doute, etc. »

tion, le mari peut refuser la provision alimentaire; et si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

Cette fin de non-recevoir dans la continuation des poursuites de la femme, n'a point été admise par la jurisprudence en matière de séparation de corps (1), parce que la loi ne l'y a point consacrée. On peut dire aussi que le divorce rompant le lien conjugal, tout ce qui avait paru pouvoir l'entraver avait été accueilli par le législateur; raison moins puissante à l'égard de la séparation, dont l'effet n'est pas irréparable.

579. On doit pareillement décider que la demande en séparation de biens ne fait pas naître de fin de non-recevoir contre celle en séparation de corps : nulle part la loi n'en établit pour cette cause (2).

580. Quant à la mort de l'un des deux époux, arrivée pendant l'instance en séparation de corps, elle doit mettre fin à l'action, sauf toutefois que si c'est le défendeur qui a survécu, et qu'il ait stipulé un préciput pour le cas de survie (3), les hé-

---

(1) Il y a sur ce point une foule d'arrêts. Nous nous contenterons d'en indiquer deux de la Cour de cassation; l'un du 14 mars 1816, Sirey, 1817, 1, 8; l'autre du 27 janvier 1819. *Ibid.*, 1819, 1, 165.

(2) Voir l'arrêt de la Cour de cassation du 23 août 1809, qui a jugé en ce sens.

(3) Nous ne parlons que du préciput, parce que, ainsi que nous le démontrerons au chapitre V, la séparation de corps n'influe en

ritiers du demandeur ayant intérêt à ce que la demande soit déclarée bien fondée, afin de faire perdre au défendeur ses droits à ce préciput (art. 1518), ils pourront continuer l'instance (1). Ils ont aussi intérêt à la continuer par rapport aux dépens: mais comme, suivant l'article 131 du Code de procédure, les juges peuvent les compenser entre conjoints, ascendans, descendans, frères et sœurs, ou alliés au même degré, ils useraient probablement de cette faculté si les héritiers étaient de cette qualité, et mettraient ainsi les parties hors de Cour.

---

rien sur le sort de la stipulation de la totalité de la communauté en cas de survie, ni sur celui des donations qui ont été faites par le contrat de mariage, attendu, pour ces donations, que l'article 290 n'est point applicable à la séparation; et pour celles faites pendant le mariage, comme elles sont essentiellement révocables, l'époux donateur, contre lequel la séparation a été prononcée, peut toujours les révoquer, encore qu'il en eût été autrement en matière de divorce, ce qui, au surplus, n'était pas.

(1) Dans l'ancien Droit on le jugeait ainsi. De Lacombe, au mot *Séparation*, partie 1re, no 21; cite un arrêt du 28 mars 1746, qui a décidé que la mort de la femme demanderesse, pendant l'appel interjeté par le mari de la sentence en séparation de corps, n'empêchait point les héritiers de la femme de suivre le procès pour le faire juger, *an benè vel malè*, à cause des intérêts de la dot, qui courent depuis la demande, lorsque la séparation est prononcée, tandis qu'ils ne sont dus que du jour du décès dans le cas contraire. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque, comme dans le cas de préciput, l'intérêt des héritiers à faire juger la demande est important.

CHAPITRE III.

De la nature de l'action en séparation de corps, et comment elle doit être instruite et jugée.

SOMMAIRE.

581. *L'action en séparation de corps, comme personnelle, se porte au tribunal du domicile conjugal.*
582. *Il en est de même lorsque le mari étranger a été admis par le Roi à résider en France.*
583. *Quand l'étranger n'a point été admis à résider en France, les tribunaux français doivent se déclarer incompétens pour connaître de l'action, si leur juridiction est déclinée, encore que la demanderesse fût Française d'origine. Le déclinatoire peut même être proposé en appel pour la première fois; mais alors la Cour* peut *retenir ou renvoyer.*
584. *Celui qui veut former demande en séparation de corps doit, en général, présenter requête au président du tribunal du domicile conjugal.*
585. *La femme, même mineure, n'a pas besoin d'être autorisée pour présenter la requête, ni de l'assistance d'un curateur pour plaider sur la séparation.*
586. *Lorsque la séparation est demandée pour cause d'infamie du conjoint, le demandeur présente directement requête au tribunal, avec une expédition du jugement de condamnation, accompagnée d'un certificat du greffier de la Cour de justice criminelle, portant que le jugement n'est plus susceptible d'être réformé.*
587. *Quand la condamnation est antérieure au mariage, et qu'elle était ignorée du conjoint, le condamné doit être assigné dans les formes ordinaires.*
588. *Lorsque quelques-uns des faits contenus en la requête présentée au président sont de nature à donner lieu à une poursuite criminelle, la demande en séparation reste suspendue jusqu'après l'arrêt, mais sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir contre le demandeur.*

589. *Quand la condamnation par contumace de l'un des époux à une peine infamante a eu pour cause un crime commis envers le conjoint, celui-ci peut former de suite sa demande en séparation, en la fondant sur les excès.*

590. *La requête présentée au président est répondue d'une ordonnance portant que les parties comparaîtront devant lui au jour indiqué.*

591. *Les parties sont tenues de comparaître en personne, sans avoués ni conseils.*

592. *Si le défendeur ne comparaît pas, il n'en devra pas moins être assigné devant le tribunal pour s'y défendre.*

593. *Si c'est le demandeur qui ne comparaît pas, il peut, suivant les circonstances, être considéré comme ayant renoncé à son action.*

594. *Dispositions de l'article* 878 *du Code de procédure.*

595. *Cas dans lesquels la femme peut former une demande en provision.*

596. *L'autorisation donnée à la femme de se retirer dans une maison convenue, ou indiquée d'office, s'applique aussi à la femme demanderesse.*

597. *En général, ce n'est qu'une faculté, dont la femme peut ne pas user.*

598. *A l'exception des préliminaires prescrits par le Code de procédure, l'action en séparation est intentée, instruite et jugée comme toute autre action civile.*

599. *La requête soumise au tribunal peut contenir des faits non mentionnés dans celle présentée au président.*

600. *On peut même, après la demande, mais avant le jugement qui ordonne la preuve, présenter de nouveaux faits, quoiqu'ils existassent lors de la demande, et que la preuve en fût acquise.*

601. *Quoiqu'un fait nouveau ne soit point une demande nouvelle, néanmoins le demandeur ne peut faire valoir en appel de nouvelles causes de séparation qui existaient lors de la demande.*

602. *Le tribunal est-il toujours obligé, lors même que le défendeur avouerait les faits, d'ordonner la preuve par témoins? Distinctions à faire.*

603. *On ne doit pas regarder comme séparation volontaire, et*

par conséquent comme nulle, celle que le défendeur laisse prononcer par défaut, attendu que les conclusions du demandeur ne lui doivent être adjugées qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées.

604. *Le jugement interlocutoire est sujet à appel, même avant le jugement définitif.*

605. *Le pourvoi en cassation peut aussi être formé contre l'arrêt.*

606. *Lorsqu'il n'y a pas d'appel du jugement interlocutoire, ou qu'il a été statué sur celui qui a été interjeté, on procède aux enquêtes, qui se font dans les formes ordinaires.*

607. *Cependant les règles touchant la reprochabilité des témoins, pour cause de parenté ou de domesticité, ne s'appliquent pas plus à la séparation de corps qu'elles ne s'appliquaient au divorce.*

608. *Après les enquêtes, les plaidoiries et les conclusions du ministère public, le jugement définitif est rendu; il est susceptible d'appel.*

609. *Il y a lieu au recours en cassation contre l'arrêt; mais le pourvoi n'est pas suspensif, comme il l'était en matière de divorce.*

610. *Les articles* 259 *et* 260, *qui autorisaient les juges à suspendre pendant un an la prononciation du divorce demandé pour excès, sévices ou injures graves, encore que la demande fût bien établie, ne sont point applicables à celle en séparation de corps.*

611. *Publicité donnée au jugement définitif.*

581. L'action en séparation de corps étant relative à l'état des personnes, elle est civile et personnelle (art. 307). Si dans ses effets elle influe sur les biens, surtout quant à leur administration et à leur jouissance, ce n'est qu'indirectement et par voie de conséquence; car l'objet direct et immédiat de la demande est d'autoriser l'époux demandeur à vivre séparément de son conjoint, ce qui donne

essentiellement à l'action le caractère d'action personnelle.

D'après cela, la demande, quel que soit celui des époux qui la forme, doit être portée au tribunal où est établi le domicile conjugal, c'est-à-dire le domicile du mari. (Art. 108, 307, Code civil; 875 et 59, Code de procéd., analysés et combinés.)

582. Lorsqu'en vertu de l'article 13, un étranger a été admis par le Roi à résider en France, comme il y jouit des droits civils tant qu'il continue d'y résider, et que généralement il y a un domicile, qui est aussi celui de son épouse, lors même que celle-ci serait étrangère d'origine, la demande en séparation de corps pourra être formée en France par l'un ou l'autre époux, et elle devra être portée au tribunal de ce domicile.

583. Mais, d'après l'avis du Conseil d'État, approuvé le 20 prairial an XI (1), comme aucun étranger ne peut acquérir un domicile réel en France sans autorisation du gouvernement, qu'il ne peut y avoir qu'une simple résidence de fait, qu'il n'y jouit point des droits civils, la règle suivant laquelle les juges français ne peuvent connaître des contestations nées entre étrangers *qui déclinent leur juridiction* (2), serait applicable au cas de séparation de corps demandée par cet étranger. Les tribu-

(1) Voir au tome I, le n° 353.

(2) Voir au tome I, le n° 154.

naux français devraient donc, sur le déclinatoire proposé, renvoyer les parties à se pourvoir devant leurs juges naturels.

Il en serait ainsi, encore que la femme demanderesse fût née Française, et qu'elle résidât en France avec son mari étranger, non admis par le gouvernement à y résider, car, par son mariage, la femme française devient étrangère. (Art. 19.)

Ces décisions sont conformes à l'arrêt de la Cour royale de Paris, du 23 avril 1822, confirmé par arrêt de rejet, du 30 juin 1823, dans l'espèce suivante :

Un sieur Zaffiroff, Russe, résidait depuis longtemps en France, lorsque, le 28 février 1821, il y épousa la demoiselle Mauduit du Boisset, Française. Les époux continuèrent de demeurer en France; mais leur union n'étant point heureuse, la dame Zaffiroff forma, devant le tribunal de la Seine, le 22 octobre de la même année, demande en séparation de corps contre son mari, pour injures graves, sévices et excès de nature à compromettre sa vie.

Le 1er février 1822, jugement qui l'admet à la preuve des faits par elle allégués.

Appel de la part du mari, qui alors décline la juridiction des tribunaux français, en sa qualité d'étranger; il soutient que son exception d'incompétence est proposable en tout état de cause, même pour la première fois en appel.

La dame Zaffiroff répond que les demandes en

séparation de corps intéressant les mœurs, l'ordre public et la sûreté des personnes, les tribunaux français sont compétens pour connaître de semblables demandes formées entre étrangers, et surtout entre étrangers résidant en France, suivant la disposition de l'article 3 du Code civil, qui porte que les lois de police et de *sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire; qu'on ne saurait méconnaître que l'étranger qui maltraite sa femme, qui l'excède par des sévices, n'attaque sa sûreté. Or, disait la dame Zaffiroff, faudra-t-il porter plainte contre mon mari à chaque excès qu'il commettra envers moi? faudra-t-il le poursuivre devant les tribunaux criminels? Non sans doute, les mœurs repousseraient une telle action : il ne me reste donc que la voie de la séparation de corps, qui est fondée alors sur le droit naturel de la sûreté des personnes, et dont, par conséquent, l'action doit être accueillie par le juge du lieu où les excès ont été commis, et où le mari réside habituellement.

La demanderesse ajoutait, au surplus, et nous croyons que c'était son meilleur moyen, qu'en admettant que les tribunaux français fussent incompétens, l'incompétence dérivant de la qualité d'étranger est évidemment une *incompétence personnelle*, qui ne peut plus être opposé après que l'on a défendu au fond, et qui, à plus forte raison, n'est pas proposable en appel, après avoir plaidé sur le fond en première instance. (Art. 168 et 169, Code de procéd.

Mais la Cour de Paris a rejeté ces moyens en ces termes :

« Considérant que la femme française qui épouse « un étranger devient étrangère, et qu'une demande « en séparation de corps tendant à modifier l'état « des époux ne peut être portée que devant le juge « national du mari;

« Considérant enfin que Zaffiroff, né en Russie, « n'est point naturalisé (1) Français, et que l'incom- « pétence, étant absolue, peut être proposée en tout « état de cause (2);

« La Cour dit qu'il a été incompétemment jugé « par la sentence du 1er février dernier; en consé-

(1) Nous croyons que, lors même que Zaffiroff n'aurait point été *naturalisé* Français, la demande de sa femme aurait été dans les attributions de nos tribunaux, s'il avait été admis par le Roi à résider en France, par la raison que la sienne leur aurait été compétemment dévolue d'après l'article 13, et que la femme a nécessairement les mêmes droits, puisqu'elle est de la même condition et qu'elle a le même domicile. Au surplus, la Cour, par l'expression *naturalisé* a probablement entendu l'*admission* par le Roi à résider en France; mais ce n'est point là une *naturalisation.*

(2) Nous pensons bien que la Cour *pouvait* accueillir l'exception d'incompétence, parce que, ainsi que le dit l'arrêt de la Cour de cassation, rendu dans la même affaire, rien *n'oblige* les tribunaux français à juger les contestations nées entre étrangers; mais aussi nous croyons fermement qu'elle aurait pu pareillement rejeter l'exception comme étant proposée tardivement; car, incontestablement (et la Cour suprême l'a reconnu par l'arrêt de rejet intervenu le 27 novembre 1822, sur le pourvoi formé par Zaffirof lui-même, mécontent, sous un autre rapport, de la décision de la Cour de Paris), « les tribunaux français n'étaient pas incompétens *ratione* « *materiæ*, puisque la contestation était dans les attributions *du pou-* « *voir judiciaire;* ils l'étaient seulement à raison des personnes, et « cette incompétence avait été couverte par le consentement résul- « tant de la conduite des parties. »

« quence, a mis et met l'appellation et ce dont est « appel au néant ; émendant au principal, renvoie « la cause et les parties devant les juges qui doivent « en connaître, etc. »

Le pourvoi de la dame Zaffiroff, après avoir été accueilli par la section des requêtes, a été, comme nous l'avons dit, rejeté à la section civile, contrairement aux conclusions du ministère public :

« Attendu, porte l'arrêt, que Zaffiroff et sa femme « sont étrangers, et que si aucune loi ne s'oppose « à ce que les tribunaux français jugent les contes- « tations élevées en France entre étrangers, lorsque « leur juridiction est reconnue par le consentement « réciproque des parties, aucune loi *n'oblige* ces tri- « bunaux à juger ces contestations ; que, dans l'es- « pèce, si Zaffiroff n'a pas décliné la juridiction du « tribunal de première instance, il en a été autre- « ment devant la Cour royale, puisqu'il a demandé « qu'elle se déclarât incompétente, et n'a conclu au « fond que subsidiairement, et parce qu'en Cour « souveraine il faut conclure à toutes fins......; at- « tendu *qu'en refusant*, dans l'état des choses, de « connaître de la contestation au fond, et en ren- « voyant les parties devant leurs juges naturels, « la Cour royale de Paris n'a violé aucune loi ; la « Cour rejette. »

584. Celui qui veut former une demande en séparation de corps doit présenter au président du tribunal de son domicile une réquête contenant

sommairement les faits, et y joindre les pièces à l'appui, s'il y en a. (Art. 875, Code de procéd.)

585. Si c'est la femme qui veut poursuivre la séparation, elle n'a pas besoin, pour présenter sa requête, d'être préalablement autorisée, encore qu'elle soit mineure; car, d'une part, la loi ne limite pas aux époux majeurs la faculté de demander la séparation de corps, et, d'autre part, elle ne requiert ni l'assistance d'un curateur, ni l'autorisation du conseil de famille. Aucune des dispositions, soit du Code civil, soit du Code de procédure, relatives à la séparation de corps, ne fait mention de cette autorisation. Ce que nous disons de la femme demanderesse s'applique, à plus forte raison, à la femme défenderesse. L'autorisation du président du tribunal, mentionnée à l'art. 878 du Code de procédure, suffit à la femme, même mineure, pour procéder sur la demande formée par elle ou contre elle, et cette autorisation est censée donnée *in omnem causam*, par conséquent, pour interjeter appel du jugement ou défendre sur l'appel, et même pour plaider en cassation; la cause étant d'ailleurs sujette à communication au ministère public, la femme trouve en lui un appui.

586. Mais la forme de procéder sur la demande en séparation de corps n'est pas la même, quelle que soit la cause qui y donne lieu. Ainsi, lorsque la séparation est demandée par la raison que l'un des époux est condamné à une peine infamante, il

nous paraît évident que l'art. 261, qui règle ce cas en matière de divorce, est applicable aussi à la séparation de corps, attendu qu'il ne s'agit point ici d'une disposition pénale, mais d'un simple mode de procéder, d'une simple exécution de la disposition de la loi. Et, en effet, en prescrivant au demandeur, dans les cas ordinaires, de présenter requête au président du tribunal, le motif de la loi est tout entier dans l'espoir d'une réconciliation, que ce magistrat doit tenter, en engageant l'époux offensé à pardonner à l'offenseur, et en obtenant de celui-ci l'aveu du repentir de ses torts, s'il en a réellement, et la promesse de ne plus les renouveler : mais ce motif cesse à l'égard d'un individu qui ordinairement est dans les fers, et qui par conséquent ne peut se présenter devant le président, et à l'égard de torts irréparables. Ici la tentative de conciliation n'a plus d'objet, parce qu'il ne s'agit pas, pour le demandeur, de pardonner des offenses purement personnelles, ni d'obtenir du défendeur l'assurance d'un repentir devenu stérile; en conséquence, les seules formalités à observer consisteront à présenter directement requête au *tribunal* de première instance, avec une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, accompagné d'un certificat du greffier de la Cour de justice criminelle, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale. MM. Pigeau et Delvincourt ont aussi écrit en ce sens. M. Toullier pense, au contraire, que

l'on doit suivre la marche ordinaire, par le seul motif que la disposition de l'article 261 n'est point reproduite au chapitre *de la séparation de corps*, quoiqu'il y ait, dit-il, plus de raison encore de l'appliquer à la séparation. Ce raisonnement est bien peu concluant sous la plume de M. Toullier, puisque ce jurisconsulte applique, et avec raison, à la séparation de corps plusieurs dispositions qui ne se trouvent que sous les chapitres qui traitent du divorce, notamment les art. 272 et suivans, et 302 et 303.

587. D'après ce que nous avons dit au n° 562, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, antérieure au mariage, mais ignorée du conjoint, est une cause de séparation, comme celle survenue pendant le mariage; mais dans ce cas il ne suffit pas de présenter requête au tribunal avec l'expédition du jugement, car il y a le fait d'erreur à débattre, et duquel dépend l'admission de la demande. Or, ce fait doit être discuté contradictoirement : dès lors il faut que celui contre qui la séparation est demandée soit assigné dans les formes ordinaires; et pour éviter toute difficulté, il est plus simple, quoique cela ne nous paraisse pas nécessaire, de remplir le préliminaire prescrit pour les cas généraux, par l'art. 875, précité.

588. Si quelques uns des faits allégués dans la requête présentée au président du tribunal sont de nature à donner lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, les fonctions confé-

rées au président par les articles 875, 877 et 878 du Code de procédure, que nous allons expliquer, restent suspendues (1), et la demande en séparation ne peut être formée avant l'arrêt de la Cour de justice criminelle (2) : après, elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur ; car les excès ont pu ne pas paraître assez graves pour mériter une condamnation criminelle, et néanmoins ils peuvent l'être assez pour motiver la demande en séparation.

Nous appliquons, comme on le voit, à la séparation de corps, la disposition de l'article 235 du Code civil, portée pour le divorce (3). La raison est absolument la même, puisque, si l'époux coupable est condamné à une peine infamante, le conjoint pourra alors invoquer une cause péremptoire de séparation ; et si la condamnation entraînait la mort civile, le mariage étant dissous par elle, la demande serait superflue. Tels sont les motifs qui ont dicté la disposition de cet article. Nous ajouterons qu'il y aurait eu de graves inconvéniens à permettre à l'époux de poursuivre le divorce avant le jugement criminel : pour réussir

---

(1) Le président doit de suite donner communication des faits au procureur du Roi.

(2) L'époux offensé ne peut jamais intervenir dans l'instance criminelle pour y faire prononcer la séparation de corps. M. Pigeau a écrit le contraire ; mais c'est une erreur qui est échappée à ce judicieux professeur.

(3) MM. Delvincourt et Pigeau l'y appliquent également.

dans sa demande, il eût peut-être révélé d'autres faits de nature à conduire son conjoint à l'échafaud, et c'est ce que la morale repoussait avec force. Après ce jugement, quel qu'il soit, l'époux n'a plus les mêmes raisons de taire aucun des faits qui motivent son action.

Au surplus, dit très bien M. Delvincourt, dans le cas où l'époux coupable serait condamné à une peine non infamante, le fait n'en serait pas moins irrévocablement jugé, et le tribunal civil n'aurait plus à examiner s'il a eu lieu ou non, mais seulement s'il est de nature, à raison de sa gravité, à entraîner la séparation de corps.

589. Nous avons dit au n° 560, *suprà*, par application des articles 232, 261 et 306, combinés, que, dans le cas de condamnation à une peine infamante, il fallait, pour qu'elle fût une cause de séparation de corps, qu'elle fût irréformable; par conséquent, que si elle avait été prononcée par contumace, elle ne suffirait point, dans l'esprit de la loi, pour autoriser le conjoint à demander la séparation; qu'à la vérité, lorsque la condamnation par contumace est à une peine emportant mort civile, le mariage n'étant point encore dissous après les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie, la séparation de corps peut être demandée à cette époque; mais nous n'entendons pas dire par là que, dans le cas dont il s'agit, où l'un des époux a commis un crime envers son conjoint, si le cou-

pable est contumace, la demande en séparation devra rester suspendue jusqu'à ce qu'il intervienne un arrêt *contradictoire*, ou qu'il se soit écoulé vingt années depuis celui qui serait rendu par contumace : l'article 235 se borne à parler de l'arrêt de la Cour de justice criminelle en général, à la différence des articles 232 et 261, combinés, qui exigent que la condamnation soit irréformable. On sent, en effet, que le conjoint qui a à se plaindre des excès commis envers lui ne doit point voir ainsi son action en séparation suspendue indéfiniment. Nous croyons donc que sa demande pourra être formée après l'arrêt; mais elle ne pourra être formée sur la cause péremptoire résultant de la condamnation à une peine infamante, comme elle pourrait l'être si cette condamnation n'était plus susceptible d'être réformée par aucune voie légale; elle le sera sur les excès.

590. La requête présentée au président par le demandeur est répondue par une ordonnance portant que les parties comparaîtront devant ce magistrat au jour qui sera indiqué par ladite ordonnance. (Art. 876, Code de procédure.)

591. Les parties sont tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils (*ibid.*). Quelquefois l'intervention des avoués ou des conseils nuirait plutôt au rapprochement des époux, qu'elle ne lui serait utile. Néanmoins la requête est signée d'un avoué : l'article 79

du tarif de la procédure civile taxe cette requête.

592. Si, sur l'ordonnance, le défendeur ne comparaît pas, le demandeur n'en peut pas moins continuer ses poursuites, et le défendeur n'en sera pas moins reçu à se défendre; il n'en devra pas moins être assigné devant le tribunal : autrement la séparation pourrait devenir volontaire.

593. Si c'est le demandeur qui ne comparaît pas, il peut, suivant les circonstances, être réputé avoir renoncé à son action; mais s'il justifiait que, pour cause de maladie ou autre force majeure, il a été dans l'impossibilité de se rendre devant le président au jour fixé par l'ordonnance, il pourrait en faire fixer un autre.

594. « Le président, porte l'article 878, fera « aux deux époux les représentations qu'il croira « propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut « y parvenir, il rendra, ensuite de la première or- « donnance, une seconde, portant qu'attendu qu'il « n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pour- « voir, sans citation préalable (1) au bureau de « conciliation;

---

(1) On doit retrancher la virgule qui se trouve dans le texte après le mot *préalable;* elle s'est glissée par erreur. Le président a fait l'office de conciliateur, et il serait bien inutile et bien contraire à la hiérarchie des pouvoirs judiciaires, de renvoyer les parties devant un magistrat d'un ordre inférieur pour obtenir un rapprochement que le président du tribunal n'a pu opérer. D'ailleurs la matière n'est pas susceptible du genre de conciliation dont la tentative est

« Il autorisera par la même ordonnance la femme « à procéder sur la demande, et à se retirer provi« soirement dans telle maison dont les parties se« ront convenues, ou qu'il indiquera d'office;

« Il ordonnera que les effets à l'usage journalier « de la femme lui seront remis.

« Les demandes en provision seront portées à « l'audience. »

595. Ces demandes sont formées par la femme, soit pour avoir une provision alimentaire, soit pour obtenir une somme afin de pouvoir suivre l'instance, et, dans beaucoup de cas, pour l'un et l'autre objet. Mais il faut, pour que la femme soit fondée dans sa demande en provision, qu'elle n'ait pas de capitaux ou de revenus à sa disposition; comme lorsqu'elle est mariée en communauté, ou sous le régime exclusif de communauté; car si elle était séparée de biens, et qu'elle eût de quoi se suffire, ou que, mariée sous le régime dotal, elle eût des paraphernaux, sa demande serait rejetée, ou devrait l'être.

596. L'autorisation donnée à la femme de se retirer dans une maison convenue, ou dans celle in-

---

de l'office du juge de paix, puisque l'époux défendeur ne peut se concilier en accédant à la demande, toute séparation volontaire étant prohibée. Les discours des orateurs du Gouvernement et du Tribunat ne laissent aucun doute à cet égard.

Cependant on a osé soutenir la doctrine contraire, même jusque devant la Cour de cassation; mais elle a été proscrite par arrêt du 27 janvier 1822. Sirey, 22, 1, 196.

diquée d'office par le président, s'applique aussi bien à la femme défenderesse qu'à celle qui poursuit la séparation. S'il était juste de laisser à celle-ci la liberté d'agir, et pour cela, de la soustraire au pouvoir du mari, il était juste aussi de ne point exposer celle-là aux ressentimens de son époux outragé. L'article 878 ne fait d'ailleurs aucune distinction, et l'article 268, relatif au divorce, accordait formellement cette faculté à la femme défenderesse comme à la femme demanderesse.

597. Au surplus, ce n'est qu'une faculté, dont, par conséquent, la femme ne peut pas user, même dans le cas où elle est demanderesse (1).

598. A l'exception des préliminaires dont nous venons de parler, et qui ont été introduits par le Code de procédure, la cause en séparation de corps s'intente, s'instruit et se juge comme les autres actions civiles, sauf qu'intéressant l'état des personnes, elle est sujette à communication au ministère public, et doit être jugée sur ses conclusions. (Art. 307, Code civil; 83 et 879, Code de procéd.)

Ainsi, en vertu de l'ordonnance mentionnée à l'article 878, l'époux qui poursuit la séparation de corps fait assigner son conjoint à comparaître de-

---

(1) Mais si la sûreté du mari demandeur pouvait être compromise par le séjour de la femme dans la maison commune, le tribunal, sur la demande du premier, pourrait enjoindre à celle-ci de se retirer dans une maison qu'il indiquerait.

vant le tribunal dans le délai de la loi. Il présente au tribunal requête contenant les faits (1).

599. Il n'est pas douteux qu'elle ne puisse en contenir qui n'ont point été mentionnés dans celle présentée au président, lors même que ces faits auraient déjà existé et que la preuve en aurait été acquise, quoiqu'il soit plus prudent, pour éviter toute difficulté, de comprendre dans la première requête tous les faits dont la preuve est obtenue.

600. Après la demande, peut-on proposer d'autres faits antérieurs ?

Cela ne nous paraît encore point douteux, tant que le jugement préparatoire n'a pas été rendu. Mais après ce jugement, qui appointe les parties à faire preuve de leurs moyens respectifs, on tient généralement qu'elles ne peuvent proposer que des faits nouveaux. La question a été jugée en ce sens par la Cour de Bruxelles, le 27 floréal an XIII (Sirey, 1, 5, 2, 517), et par celle de Poitiers, le 21 jan-

---

(1) La demande en séparation de biens doit être affichée sans délai dans l'auditoire du tribunal et dans celui du tribunal de commerce, et insérée dans les journaux; il ne peut être prononcé de jugement de séparation qu'un mois après l'observation de ces formalités. Les créanciers du mari peuvent même intervenir pour la conservation de leurs droits (art. 866 et suivans du Code de procédure). Ces formalités ne sont point prescrites en matière de séparation de corps; mais comme la séparation de biens est la conséquence nécessaire de la séparation de corps, M. Pigeau a cru que ces dispositions lui sont applicables. Il n'en est pas ainsi : la demande en séparation de corps, par ses causes et ses effets, est d'une nature différente, quoiqu'elle ait un résultat commun avec celle en séparation de biens; surtout, aucune intervention ne doit y être reçue.

vier 1808 (Sirey, 13, 2, 300). Il a même été décidé par ces arrêts que le défendeur qui n'avait pas proposé tel fait comme moyen de défense n'a pu, ensuite se prévaloir de la déposition des témoins de sa contre-enquête qui avaient déposé de ce fait. Cela doit dépendre des circonstances; car, comme les fins de non-recevoir en cette matière tendent à maintenir l'union conjugale, dont la conservation importe au bon ordre et à l'intérêt public, on ne peut, en principe, y renoncer, et, généralement, si l'on a omis de les proposer, on peut revenir sur ses pas.

601. La Cour de Paris a décidé, le 23 avril 1806 (Sirey, 6, 2, 248), qu'il était interdit au demandeur de présenter des faits nouveaux en appel (1).

Sans doute un *fait nouveau* ne doit pas être confondu avec une *demande nouvelle*, demande que l'article 463 du Code de procédure défend de former en appel, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale; mais il ne faut pas moins observer les règles touchant l'instruction des affaires, et particulièrement celles touchant les enquêtes: or, ces règles veulent que le jugement d'appointement contienne les faits à prouver. (Art. 255, Code de procéd.)

(1) Nous pensons que cette décision ne devrait point s'appliquer à des faits qui n'existaient pas lors du jugement de première instance. (Argum. de l'article 382 du Code de procédure.)

Avant de procéder à la preuve des faits, le défendeur propose ses fins de non-recevoir.

602. Lorsque la séparation est demandée pour adultère, excès, sévices ou injures graves, y a-t-il obligation pour le tribunal d'ordonner la preuve des faits par témoins, lors même que le défendeur les avoue?

D'abord il peut se présenter des cas où la preuve de l'injure grave imputée au défendeur résulterait de pièces écrites, par exemple, d'une dénonciation déshonorante, reconnue calomnieuse, ou d'une imputation flétrissante consignée dans des lettres adressées, soit à l'époux demandeur, soit à des tiers : dans ces cas, la preuve testimoniale pourrait ne pas paraître nécessaire, et même quelquefois n'être pas possible. Alors le tribunal pourrait juger la cause sans rendre de jugement qui ordonnât une enquête. Mais dans les autres cas, les juges devraient se tenir en garde contre la simulation. La vigilance du ministère public ne doit point s'endormir sur une apparence de résistance de la part du défendeur, qui, pour mieux arriver à ses fins, affecterait d'abord de nier les faits ou chercherait à les atténuer et à les excuser, et finirait bientôt par les avouer.

Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour principe constant qu'en cette matière les aveux du défendeur ne font pas, comme dans les affaires ordinaires, preuve des faits allégués contre lui

c'était une conséquence nécessaire de l'inadmissibilité de la séparation de corps par consentement mutuel. Ce principe est également applicable aujourd'hui dans toute son étendue. L'article 870 du Code de procédure le consacre expressément en matière de simple séparation de biens, *encore qu'il n'y ait pas de créanciers.* A plus forte raison en doit-il être ainsi en matière de séparation de corps, puisque d'ailleurs elle entraîne toujours la séparation de biens. On prétend (1) cependant que, « si « les aveux du défendeur paraissent aux juges avoir « le caractère de la bonne foi, rien ne les force à « chercher d'autres preuves »; et l'on se fonde sur ce que la loi a distingué les séparations de biens des séparations de corps; que ce n'est que pour les premières qu'elle prescrit aux tribunaux de ne point s'arrêter aux aveux du mari. Il serait difficile de donner une plus faible raison que celle-là; car n'est-il pas incontestable que le motif de la loi, le danger de la collusion, existe à un plus haut degré, et avec des effets bien autrement importans dans le cas de séparation de corps que dans celui de simple séparation de biens, surtout lorsque dans celle-ci il n'y a pas de créanciers? Ce danger en s'augmente-t-il pas encore pour les créanciers, à qui l'auteur dont nous combattons le sentiment refuse cependant, et avec raison, le droit d'intervenir

(1) M. Toullier, qui cite à l'appui de son opinion MM. Locré et Merlin.

dans l'instance en séparation de corps, et, à tort dans son système, celui de se pourvoir par tierce opposition contre la séparation, qui, en entraînant celle des biens, leur préjudicie? C'est, ce nous semble, supposer au législateur des vues bien contradictoires; c'est méconnaître la règle de Droit, *ubi eadem est ratio, ibi idem jus esse debet.* Ne sait-on pas, d'ailleurs, que si les dispositions qui régissent la séparation de corps sont si peu nombreuses, si incomplètes, si elles ne sont, pour ainsi dire, que de principe, c'est parce qu'on a pensé qu'elles seraient complétées, soit par plusieurs de celles du titre du divorce, soit par celles du Droit commun? Or, le Droit commun, attesté par une jurisprudence de plusieurs siècles, et qui n'a point varié, c'est que la séparation de corps ne doit être prononcée que lorsqu'il y a des preuves évidentes de la nécessité de faire cesser la cohabitation, preuves qui ne peuvent résulter des seules allégations du demandeur et des seuls aveux du défendeur, puisque, malgré leur apparence de sincérité, le tout peut n'être qu'une scène jouée, comme on en a vu tant d'exemples.

Ce système est d'autant plus dangereux, que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le ministère public n'ayant pas la voie d'action pour interjeter appel d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, a annulé un mariage (1),

---

(1) Voir le n° 344, *suprà.*

parce qu'il n'est, dit-on, que partie jointe, il est clair, à plus forte raison, qu'il ne serait point reçu à interjeter appel de celui qui prononcerait la séparation de corps, quoique ce jugement ne fût que le résultat d'une surprise faite de concert à la trop grande facilité du tribunal. Mais précisément c'est aux tribunaux à ne point méconnaître ainsi les principes, et à songer sans cesse combien en cette matière la simulation est à craindre, par la facilité du succès. Ils ne doivent donc, hors les cas dont nous avons parlé, admettre la séparation sans enquête, qu'autant que les allégations du demandeur et les aveux du défendeur se trouvent corroborés par quelques faits positifs, qui ne permettent pas au mensonge de prendre la place de la vérité; comme, par exemple, si une femme a été maltraitée par son mari, et qu'il y ait des procès-verbaux dressés par des gens de l'art, qui attestent les blessures, ou si ces blessures existent encore, etc.

603. Sans doute on ne doit pas regarder comme séparation volontaire, et par conséquent comme nulle, celle que l'époux défendeur laisse prononcer par défaut; car autrement l'action deviendrait illusoire dans les cas où l'emploi en est très légitime : mais du moins les tribunaux ne prononcent pas la séparation sans que la preuve des faits soit régulièrement administrée, puisque, dans les autres matières, les conclusions du demandeur ne lui doivent être adjugées, même en cas de défaut du défendeur,

qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées (art. 150, Cod. de procéd.); en sorte qu'il n'y a rien à conclure, contre notre opinion, et en faveur de celle que nous combattons, de l'admission de la séparation de corps par défaut.

604. Le jugement qui appointe les parties à faire leurs preuves respectives, ou qui déboute le demandeur de sa demande à fin de preuves, sur le fondement que les faits ne sont point pertinens ou qu'ils ne sont point concluans, est sujet à l'appel; c'est un jugement interlocutoire, dont par conséquent on peut appeler même avant le jugement définitif (art. 451, Cod. de procéd.). L'appel est suspensif. (Art. 457, *ibid.*)

605. Le pourvoi en cassation peut aussi avoir lieu contre l'arrêt qui a statué sur le mérite de ce jugement. Mais d'abord il n'est pas suspensif; en second lieu, il ne peut être formé avec succès lorsque l'arrêt a rejeté la preuve des faits comme n'étant pas concluans, quoiqu'il les eût reconnus pertinens; car, comme nous l'avons dit, les Cours royales les jugent souverainement en ce qui touche leur gravité.

606. S'il n'y a pas d'appel, ou s'il a été statué sur celui qui a été interjeté, on procède à l'enquête, et à la contre-enquête si le défendeur a cru devoir faire entendre des témoins. Les enquêtes se font devant un juge commissaire, qui est nommé par le

jugement, et l'on suit les règles tracées par le Code de procédure sur les formalités des enquêtes, puisque l'article 307 du Code civil veut que la demande en séparation de corps soit intentée, *instruite* et jugée comme toute autre action civile.

607. Cependant celles de ces règles d'après lesquelles on peut reprocher les parens et les domestiques, ne sont point applicables en matière de séparation de corps. On suit au contraire la disposition de l'article 251, qui porte, en matière de divorce, que « Les parens des parties, à l'exception « de leurs enfans et descendans, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les « domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parens et des domestiques. » Ce sont en effet les témoins habituels, et, pour ainsi dire, nécessaires, des débats élevés entre les époux (1).

608. Après les enquètes et les plaidoiries, le

(1) Ainsi jugé par la Cour de Paris, le 12 décembre 1809 (Sirey, 1815, 2, 202); par la Cour de cassation, le 8 mai 1810 (Sirey, 1810, 1, 229); et par celle d'Amiens, le 5 juillet 1821 (Sirey, 1822, 2, 237).
La Cour de cassation a même jugé que les principes généraux sur les témoins qui peuvent être reprochés ne sont point applicables aux demandes en divorce ou en séparation de corps; en conséquence elle a décidé, le 8 juillet 1813 (Sirey, 1815, 1, 128), qu'en ne rejetant point la déposition du donataire du demandeur, l'arrêt attaqué n'avait contrevenu à aucune loi. Cependant les motifs de la loi, en dérogeant aux principes généraux sur la reprochabilité des témoins, semblent cesser à l'égard d'un témoin de cette qualité.

ministère public entendu, le jugement est prononcé. Il est susceptible d'appel comme le jugement interlocutoire, nonobstant acquiescement ou transaction, attendu que la matière est d'ordre public. Mais il faut que l'appel soit interjeté dans les trois mois de la signification; en sorte que si l'acquiescement formel avant l'expiration des délais est sans effet, il n'en est pas de même de l'acquiescement tacite résultant du silence gardé pendant ces mêmes délais : on reste alors dans le Droit commun.

609. Il peut également y avoir lieu au recours en cassation, mais sans que le pourvoi soit suspensif. A cet égard, la disposition finale de l'article 263 n'est point applicable aux jugemens de séparation de corps, parce que, à la différence du divorce, leur exécution n'a pas des effets irréparables en définitive.

610. Mais les articles 259 et 260, qui autorisaient les juges à ne pas admettre immédiatement la demande en divorce formée pour excès, sévices ou injures graves (1), encore qu'elle fût bien éta-

(1) Ces dispositions ne s'appliquaient point au cas où la demande était fondée sur l'adultère, même du mari. Mais si le motif de la restriction pour le cas d'adultère de l'épouse est facilement senti, il n'a certainement pas la même force à l'égard de l'adultère de l'époux. Il ne faut pas, en effet, un aussi grand effort de générosité dans l'oubli de l'un que dans le pardon de l'autre : dans l'ordre des idées sociales, la femme s'honorerait presque par son indulgence, tandis que si la morale chrétienne n'adopte pas, il est vrai, la rigueur de

blie, et qui leur donnait la faculté d'en suspendre pendant un an la prononciation, sont-ils applicables à la séparation de corps?

Il n'y a pas du tout parité de motif: le divorce ne permettait plus aux époux de se réunir (art. 295), et une mesure qui pouvait le prévenir a dû être adoptée avec faveur. Mais la séparation de corps n'est point un obstacle à la réunion volontaire des époux; et la réconciliation est peut-être même plus facile à espérer après la séparation prononcée, qu'elle ne le serait pendant l'année d'épreuve, à une époque où les ressentimens sont encore très vifs, sans avoir, comme dans le cas de divorce, un contre-poids salutaire dans la perspective d'une dissolution dont l'effet était irréparable. Cependant il faut convenir que, dans l'ancienne jurisprudence, lorsque la séparation était demandée par la femme, les tribunaux en suspendaient quelquefois la prononciation pendant un temps plus ou moins long, suivant les circonstances. Mais comme la loi nouvelle ne leur accorde pas cette faculté, qu'elle dit au contraire que les demandes en séparation de corps seront instruites et jugées comme les autres

---

cette maxime, qui paraît ainsi repousser le pardon de l'offense, *Qui tenet uxorem adulteram stultus et impius est*, maxime proclamée cependant par un Père de l'Église, mais combattue par un autre, du moins on ne peut se dissimuler qu'après avoir publié lui-même ce qu'on appelle son déshonneur, le mari n'ait besoin, pour se réunir à celle qui l'a causé, de beaucoup plus de philosophie qu'il n'en a montré d'abord en éclatant : aussi la loi sur le divorce n'avait-elle pas compté sur tant de résignation.

affaires civiles, nous croyons qu'ils doivent accueillir ou rejeter la demande, et que s'ils reconnaissent que les faits sont admissibles et concluans, et que néanmoins ils supercèdent à prononcer la séparation, il y a de leur part excès de pouvoir, susceptible, selon nous, d'être réprimé par la Cour suprême, et surtout d'être réformé par les Cours d'appel comme un *mal jugé* (1).

611. Extrait du jugement qui prononce la séparation de corps doit être inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce, lors même que le mari ne serait pas commerçant, que dans les chambres d'avoués et de notaires. (Art. 872 et 880, Code de procédure, combinés.)

CHAPITRE IV.

Mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en séparation de corps.

SOMMAIRE.

612. *Mesures provisoires relatives à la retraite de la femme dans une maison convenue ou indiquée, et aux demandes en provision.*

613. *La femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps peut-elle, comme elle le pouvait en matière de divorce, requérir l'apposition des scellés?*

---

(1) La Cour de Montpellier, par son arrêt du 1er prairial an XII (Sirey, 13, 2, 300), a reconnu, comme nous, et en se fondant à peu près sur les mêmes motifs, que le sursis relatif aux demandes en divorce n'est point applicable à celles en séparation de corps. Au surplus, cette opinion a trouvé des contradicteurs.

614. *Elle peut faire déclarer nuls les actes faits par le mari en fraude de ses droits depuis l'ordonnance du président, rendue en vertu de l'article 887 du Code de procédure.*

615. *Ces actes seraient toutefois maintenus dans l'intérêt des tiers de bonne foi, qui auraient traité avec le mari à titre onéreux, sauf à la femme son action en indemnité.*

616. *Les mesures provisoires à prendre relativement aux enfans sont les mêmes que celles qui étaient prescrites dans le cas de divorce.*

612. Indépendamment de la retraite de la femme dans une maison convenue ou indiquée d'office, dont nous avons précédemment parlé, ainsi que de la remise des linges et hardes à son usage, il peut y avoir lieu à prendre diverses mesures provisoires, soit dans son intérêt, soit dans celui des enfans.

D'abord, la femme qui n'a pas de revenus particuliers pour subsister ou pour suivre le procès, peut, ainsi qu'on l'a vu, former une demande en provision, laquelle est portée à l'audience. (Article 878, Code de procéd.)

613. Mais, demanderesse ou défenderesse, peut-elle, comme en matière de divorce, requérir, à partir de l'ordonnance mentionnée à cet article 878, l'opposition des scellés sur les effets de la communauté?

On peut dire, pour la négative, que c'est une disposition qui tendait à altérer les droits du mari; que si l'on avait cru devoir l'admettre en matière de demande en divorce, où les époux allaient peut-être devenir étrangers l'un à l'autre, la raison n'est

pas la même en matière de séparation de corps, dont les effets ne sont pas irrévocables, et qui n'exige pas par conséquent pour la femme les mêmes moyens de garantie; que ses droits sont d'ailleurs suffisamment protégés par les principes généraux : tandis que cette altération de ceux du mari, dans le cas de demande de divorce, était par le fait une peine, bien que la femme défenderesse elle-même pût réclamer la mesure d'où elle dérivait : or, tout ce qui a le caractère de peine en matière de divorce, et qui n'a point été reproduit quant à la séparation de corps, n'y saurait être étendu sans arbitraire. Enfin, l'on peut ajouter que la jurisprudence paraît être en ce sens; qu'ainsi la Cour d'Angers a décidé, le 27 août 1817 (Sirey, 18, 2, 131), que la femme à qui il échoit une succession pendant une instance en séparation de corps, n'est pas fondée à demander que les biens de cette succession soient mis en séquestre, attendu que le mari en est l'administrateur légal; que la Cour de Liége a aussi jugé, le 13 janvier 1809 (Sirey, 12, 2, 211), que la femme demanderesse en séparation de corps ne peut obtenir la mise en séquestre des fruits de ses biens personnels, encore qu'ils soient sur le point d'être recueillis; d'où l'on peut conclure que l'administration du mari étant paralysée pendant la durée du scellé, comme elle le serait pendant celle du séquestre, l'un ne peut pas plus avoir lieu que l'autre.

Mais on peut répondre que le scellé n'est point une peine, que ce n'est qu'une mesure conservatoire; que la raison qui l'a fait admettre en matière de divorce a la même force en matière de séparation de corps, puisque, dans ce cas aussi, les époux sont divisés, et qu'il serait à craindre que le mari ne détournât au préjudice de sa femme des effets de la communauté, sans qu'elle pût avoir le moyen d'en faire la preuve; qu'il n'en est pas, au surplus, de l'apposition du scellé comme de la mise en séquestre des biens échus à la femme, ou des fruits de ses propres, puisque, dans le premier cas, l'administration du mari, si elle est modifiée temporairement, ne passe du moins pas à un tiers. Enfin, l'on peut ajouter que c'est en ce sens, au contraire, que la jurisprudence paraît s'être prononcée, et l'on peut citer à cet égard l'arrêt rendu par la Cour de Bruxelles, le 11 août 1808 (Sirey, 1809, 2, 47), qui a jugé que la femme avait, en matière de séparation de corps, comme en matière de divorce, le droit de faire apposer les scellés, et qui a même jugé de plus que le mari ne pouvait aliéner le mobilier après l'inventaire qui en a été fait lors de leur levée; qu'il était obligé de le représenter, comme le dit l'article 270, par conséquent, que la femme peut s'opposer à la vente.

Nous pensons, en effet, que cet article est applicable à la séparation de corps, attendu qu'il ne prescrit qu'une mesure conservatoire; mais nous croyons aussi que si le mari, qui répond d'ailleurs du mo-

bilier comme gardien judiciaire, et qui, comme tel, est contraignable par corps (art. 2060), vend ce mobilier, les tiers acquéreurs de bonne foi ne pourront être inquiétés par la femme, car, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279). Enfin nous pensons, avec M. Toullier, et ainsi que l'a jugé la Cour de Rennes, le 8 août 1810, que cette mesure n'empêche point les créanciers munis d'un titre exécutoire d'obtenir la levée des scellés pour procéder à la saisie des meubles, sans qu'ils soient obligés de faire faire l'inventaire, dont l'obligation n'est imposée qu'au mari.

614. Quant à la disposition de l'article 271, qui porte que « toute obligation contractée par le mari « à la charge de la communauté, toute aliénation « par lui faite des immeubles qui en dépendent, « postérieurement à la date de l'ordonnance dont « il est fait mention en l'article 238, sera déclarée « nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite « ou contractée en fraude des droits de la femme, » elle est applicable aussi au cas de séparation de corps, parce qu'elle n'est que l'expression du Droit commun, qui permet d'attaquer les actes frauduleux. (Art. 1167.)

615. Comme aucune loi ne prescrit de rendre publique la *demande* en séparation, les actes frauduleux du mari qui a traité avec des tiers de bonne foi seraient respectés dans leur intérêt, nonobstant la rétroactivité de l'effet du jugement, sauf à la

femme son action en indemnité contre son mari. Mais si les tiers étaient complices de la fraude de celui-ci, les actes seraient annulés même à leur égard, sauf à eux à recourir contre le mari, s'ils croyaient en avoir le droit. Enfin, si les aliénations avaient eu lieu à titre gratuit, nous pensons que, d'après les principes de l'action *paulienne* des Romains, et qui ont été admis dans la législation française par l'article 444 du Code de commerce, sous quelques modifications, la femme lésée dans ses droits pourrait faire révoquer ces aliénations jusqu'à due concurrence, encore que les donataires n'eussent point été complices de la fraude du mari, mais discussion préalablement faite des biens de celui-ci.

616. Les mesures provisoires à prendre relativement aux enfans pendant l'instance sont les mêmes que dans le cas de divorce; en conséquenee, ils restent sous la surveillance du mari, demandeur ou défendeur, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande de la mère, de la famille, ou du ministère public. (Art. 267.) (1).

---

(1) Voir l'arrêt de rejet, du 28 juin 1815. (Sirey, 1815, 1, 380.) « Attendu, y est-il dit, que le moyen tiré de l'infraction à la puis- » sance paternelle n'est pas fondé, puisque la loi laisse aux juges le « soin de prononcer à qui les enfans doivent être confiés, dans leur « propre intérêt.... »

CHAPITRE V.

Des effets de la séparation de corps.

SOMMAIRE.

617. *Le principal effet de la séparation de corps est de donner aux époux le droit de vivre séparément.*
618. *Celui qui a obtenu le jugement peut y renoncer, et il a le droit d'exiger la réunion.*
619. *Lorsque la séparation est prononcée contre la femme pour cause d'adultère, celle-ci est condamnée, sur la réquisition du ministère public, à l'emprisonnement de trois mois à deux ans.*
620. *Le mari reste toujours le maître d'arrêter l'effet de la condamnation.*
621. *La séparation de corps entraîne celle des biens.*
622. *La communauté est censée dissoute du jour de la demande; le jugement a un effet rétroactif.*
623. *La femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner sans être autorisée; elle a besoin d'autorisation pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles.*
624. *Elle en a besoin aussi pour ester en jugement.*
625. *Les immeubles dotaux ne restent pas moins inaliénables, nonobstant la séparation de corps, quoiqu'ils deviennent prescriptibles à compter de cette séparation.*
626. *L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd ses droits au préciput.*
627. *Véritable sens de l'article* 1518.
628. *Comment s'exécute la stipulation que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux.*
629. *Les donations contractuelles faites par le conjoint à l'époux contre lequel la séparation a été prononcée, ne sont ni révoquées ni révocables : controversé.*
630. *Le conjoint peut seulement révoquer celles qu'il a faites depuis le mariage.*
631. *L'époux coupable lui-même peut révoquer les donations qu'il a faites au conjoint depuis le mariage; elles sont essentiellement révocables.*

632. *La séparation de corps ne détruit point la présomption de paternité.*
633. *Les époux se doivent encore mutuellement secours : conséquence.*
634. *La séparation ne porte aucune atteinte à l'usufruit légal des père et mère ;*
635. *Ni au droit de successibilité établi par les articles 723 et 767.*
636. *Mesures relatives aux enfans après la séparation.*
637. *De la réunion des époux, et du rétablissement de leur communauté.*

617. Le premier effet de la séparation de corps est de donner à la femme qui l'a obtenue, ou contre laquelle elle a été prononcée, le droit d'avoir une habitation et même un domicile distinct de celui de son mari, comme aussi de dispenser le mari de l'obligation de recevoir sa femme ; en un mot, la séparation rend inapplicables les articles 108, première disposition, et 214.

618. Mais comme celui qui a obtenu le jugement peut renoncer au bénéfice de ses dispositions, parce qu'il n'a été rendu qu'en sa faveur, et qu'il est loisible à chacun de renoncer au droit établi à son profit, il peut, ainsi que nous l'avons dit en commençant l'explication de ce sujet, rétablir les choses sur leur ancien pied, en notifiant à son conjoint qu'il entend se réunir à lui et vivre désormais comme dans l'état primitif de leur union. L'article 309, qui porte que le mari qui consent à reprendre sa femme fait cesser la peine de l'adultère à laquelle elle avait été condamnée, est fondé sur

ce principe; et comme la règle *Pater is est* pèse toujours sur le mari, nonobstant la séparation même prononcée contre la femme, il serait injuste de l'obliger à rester dans une situation qui n'est pas sans quelque danger pour lui. Il est vrai qu'il l'a choisie, mais il n'a fait qu'user de son droit, et ce droit lui était personnel. La séparation de corps n'est, en effet, rien autre chose que la *faculté* accordée à l'un des époux de vivre séparément de son conjoint. C'est en ce sens que la définit Pothier, qui dit aussi que ses effets cessent *lorsque la femme séparée est volontairement retournée avec son mari.* Or, cette faculté emporte avec elle la renonciation au droit qui en est l'objet (1).

619. Le second effet de la séparation, c'est que si elle est prononcée contre la femme pour cause d'adultère, celle-ci doit être, sur la réquisition du ministère public, condamnée à la réclusion dans une maison de correction, pendant un temps qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. (Art. 308.)

620. Le mari reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. (Art. 309.)

---

(1) C'est aussi l'opinion de MM. Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle legislation*, au mot *Séparation entre époux*, et de M. Locré, *Esprit du Code civil*, tome IV, pages 496 et 498. Au surplus, nous avons vu élever des doutes très graves sur la justesse de cette opinion.

Mais il ne peut lui faire grâce que sous cette condition, et la séparation de corps s'éteint par sa déclaration.

Il peut, en appel, comme après que le jugement est passé en force de chose jugée, et comme aussi pendant la durée de la peine elle-même, user de la faculté que lui accorde la loi; en sorte qu'il peut prévenir comme il peut arrêter l'exécution du jugement.

621. Le troisième effet de la séparation de corps est d'entraîner la séparation de biens. (Art. 311.)

En conséquence, la communauté est dissoute (art. 1441), et s'applique alors la disposition de l'article 1463, suivant laquelle la femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcés, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé.

622. La dissolution de la communauté remonte au jour de la demande, attendu que le jugement a un effet rétroactif : c'est comme si la demande eût été vérifiée et jugée le jour où elle a été formée. D'après cela, les successions mobilières échues à l'un ou à l'autre des époux pendant l'instance lui seront propres.

623. La femme reprend l'administration de ses biens.

Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner;

Mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice, à son refus. (Art. 1449.)

624. Elle ne peut non plus ester en jugement sans être autorisée. La loi ne fait qu'une seule exception à la règle que la femme *mariée* doit être autorisée pour plaider : c'est lorsqu'elle est *poursuivie* en matière criminelle ou de police (1).

625. Comme le mariage subsiste toujours, et que l'article 1554 dispose que les immeubles constitués en dot (sous le régime dotal proprement dit) ne peuvent être ni aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions apportées par la loi, on doit décider que la séparation de corps ne les rend pas aliénables.

Cependant ils deviennent prescriptibles, par la séparation, quelle que soit l'époque à laquelle la prescription (la possession) a commencé. (Article 1561.)

626. Le quatrième effet de la séparation de corps est de faire perdre à l'époux contre lequel elle a été prononcée ses droits au préciput qu'il avait sti-

---

(1) Voir au n° 453, *suprà*.

pulé. Cela résulte évidemment de l'article 1518, ainsi conçu : « Lorsque la dissolution de la com-« munauté s'opère par le divorce ou la séparation « de corps, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle « du préciput; mais l'époux qui a obtenu, soit le « divorce, soit la séparation de corps, conserve ses « droits au préciput en cas de survie. Si c'est la « femme, la somme ou la chose qui constitue le « préciput reste toujours provisoirement au mari, « à la charge de donner caution. » Donc, celui contre lequel la séparation a été prononcée ne conserve aucun droit au préciput; autrement ces mots, *Mais l'époux qui a* OBTENU.... *la séparation de corps conserve*, etc., n'auraient aucun sens.

627. Au surplus, la dernière partie de l'article doit être entendue en ce sens, que c'est la *part* du mari dans la somme ou la chose qui constitue le préciput qui lui demeure provisoirement, c'est-à-dire jusqu'à la survie de la femme; car si c'était la totalité, il en résulterait une grande injustice et une grande absurdité. Que l'on suppose, en effet, que la communauté soit de 100,000 fr., et le préciput de 40,000 fr. : en suivant l'article à la lettre, le mari retiendrait ces 40,000 fr. et aurait 30,000 fr. pour sa part dans le surplus; et de cette manière, si la femme ne survivait pas, il aurait joui pendant la vie de celle-ci, et sans servir d'intérêts, de 20,000 fr. qui seraient revenus à cette dernière, lors même qu'elle n'aurait pas eu stipulé le préci-

put; en sorte que, dans cette hypothèse, il eût bien mieux valu pour elle ne l'avoir pas stipulé. Et dans l'hypothése même où elle survivrait, elle se trouverait privée pendant la vie de son mari de la jouissance de ces mêmes 20,000 fr., qui devaient lui revenir dans tous les cas, puisque, même en supposant que la clause fût réciproque, le mari a perdu tout droit au préciput par l'effet de la séparation de corps prononcée contre lui. Mais, dans ce cas, en ne laissant provisoirement à celui-ci que la moitié du préciput, la seule chose sur laquelle, dans l'espèce, le droit de la femme soit éventuel, on est véritablement dans l'esprit de la loi. De plus, si la femme avait stipulé le préciput même pour le cas de renonciation à la communauté, et qu'elle renonçât en effet, le préciput resterait provisoirement en totalité au mari, parce que dans ce cas il a toute la communauté, et que la femme n'a qu'un droit éventuel au préciput qui en fait partie.

628. Lorsqu'en vertu de l'article 1522 il a été stipulé que la communauté appartiendra en totalité au survivant ou à l'un d'eux, comment s'exécute la clause dans le cas de séparation de corps?

D'abord, cette convention doit avoir tout son effet, même au profit de celui des époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Ce n'est point là un préciput, c'est une convention à titre non lucratif; c'est un contrat aléatoire dont les effets trouvent d'ailleurs un contre-poids dans

l'article 1525, qui réserve aux héritiers du conjoint la reprise des apports et capitaux tombés de son chef dans la communauté. Il ne peut donc, selon nous, y avoir de difficulté que pour l'exécution provisoire de la clause.

Si c'est le mari qui a seul fait cette stipulation, il peut, soit qu'il ait obtenu la séparation, soit qu'elle ait été prononcée contre lui, garder provisoirement toute la communauté (art. 1452, *à fortiori*), à la charge de rendre à la femme ses apports; car c'est là un gain de survie, quoique ce ne soit point un préciput. Mais si la femme ne renonce pas à l'effet de l'inaccomplissement de la condition sous laquelle seulement la totalité de la communauté appartient au mari, celui-ci doit, dans le cas où la séparation aurait été prononcée contre lui, fournir caution pour sûreté de la restitution de ce qui pourrait, d'après le Droit commun, revenir à la femme si c'était elle qui survécût. (Argument de l'article 1518.)

Si c'est la femme seulement qui a stipulé la totalité de la communauté en cas de survie, alors il faut distinguer. Si c'est contre elle que la séparation a été prononcée, la communauté reste provisoirement au mari, à la charge par celui-ci de rendre à la femme ses apports; mais il ne lui doit pas caution : sa position n'a pas dû s'aggraver par les torts de la femme. Si c'est elle, au contraire, qui a obtenu la séparation, la communauté reste bien encore provisoirement au mari, puisque l'ar-

ticle 1452 ne distingue pas, et que l'article 1518 établit d'ailleurs la même chose relativement au préciput; mais, indépendamment de la restitution des apports de la femme, il lui doit caution pour sûreté du bénéfice de l'éventualité de la clause. (Même article, par argument.)

Enfin, dans le cas où cette clause a été stipulée au profit du survivant indistinctement, le mari qui a obtenu la séparation garde provisoirement la communauté, sans caution, en rendant à la femme ses apports; et si c'est contre lui que la séparation a été prononcée, il retient encore la communauté en restituant les apports de la femme, mais il lui doit caution pour le cas de survie de celle-ci; et dans aucune hypothèse, la reprise que la femme fait de ses apports n'est par elle-même une renonciation au droit d'obtenir, le cas échéant, la totalité de la communauté. Ce cas se réalisant, les héritiers du mari gardent ses apports (art. 1525), et ils restituent le surplus à la femme, d'après l'inventaire qui a eu lieu, si elle a accepté la communauté.

629. La seule déchéance pécuniaire qui ait lieu en matière de séparation de corps est celle du préciput. Ainsi l'article 299, qui porte que « pour quel« que cause que le divorce ait lieu, hors le cas du « consentement mutuel, l'époux contre lequel le « divorce aura été admis perdra tous les avantages « que l'autre époux lui avait faits, soit par leur « contrat de mariage, soit depuis le mariage con-

« tracté, » n'est point applicable au cas de séparation de corps.

C'est là une peine, et les peines ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

Qu'importe, en effet, que l'ancienne jurisprudence consacrât cette p eine contre la femme convaincue d'adultère? La loi actuelle n'en faisant pas mention quant au cas de séparation de corps, cela suffit pour en écarter l'application. D'ailleurs, il n'y aurait rien à inférer de l'ancienne jurisprudence contre le mari, puisqu'il n'était point frappé des mêmes déchéances. Ajoutez que la femme étant, d'après l'AUTHENTIQUE, enfermée pour la vie dans un couvent, si son mari ne la reprenait dans les deux ans, il n'avait pas paru utile de lui laisser les avantages qui lui avaient été faits, ni aucune part dans la communauté. Il n'y a donc rien à conclure de l'ancienne jurisprudence, d'autant mieux que les déchéances n'avaient lieu que dans le seul cas d'adultère de la femme; tandis que, dans le système contraire, elles auraient lieu dans tous les cas qui ont amené la séparation de corps.

Qu'importe aussi que la loi actuelle établisse la déchéance du droit au préciput, qui n'est même pas, à proprement parler, une *donation* (1), mais bien une convention de mariage, et qui n'est même, en général, une libéralité que de la moitié de ce dont il se compose? La loi s'est expliquée pour le pré-

(1) Du moins quant aux formalités, dit l'article 1516.

ciput, et elle a gardé le silence quant aux avantages ou aux donations proprement dites. Tout ce qu'il y aurait à conclure de là, ce serait tout au plus un défaut d'harmonie dans la loi, mais qui n'autoriserait pas les tribunaux à créer des peines qu'elle n'a point établies, en appliquant celles qu'elle a portées pour un autre cas.

D'ailleurs, les motifs de la déchéance des donations et avantages matrimoniaux ont-ils bien, en matière de séparation de corps, la même force qu'en matière de divorce? Nous ne le pensons pas; et voici nos raisons. Les époux divorcés ne pouvant jamais se réunir, le rétablissement des avantages révoqués n'était point un motif qui pût retenir l'offensé dans sa propension à pardonner à l'offenseur; tandis que ce motif mettrait souvent, contre le vœu de la loi, contre l'intérêt des enfans, une barrière à la réconciliation des époux simplement séparés de corps. En ces matières, il serait fort impolitique de laisser à l'intérêt une influence quelconque sur leur détermination; il n'en exerce malheureusement que trop souvent une funeste au bon ordre. Il est bien vrai que, pour affaiblir la force de cette puissante considération, que l'on n'a point assez fait valoir dans les nombreux procès auxquels a donné lieu la question, et qui, seule, nous aurait paru décisive, l'on dit que les époux qui veulent se réunir ne sont point obligés pour cela de rétablir leurs conventions matrimoniales dans leur état primitif; que l'article 1451 leur en

laisse la faculté quant à la communauté; que seulement, s'ils la rétablissent, ils ne peuvent y apporter aucun changement : d'où l'on conclut que la révocation des avantages matrimoniaux pouvant subsister nonobstant la réunion, le rétablissement de ces avantages ne sera pas un obstacle à ce qu'elle s'opère, puisqu'il n'en sera point une conséquence nécessaire.

Mais, d'abord, en admettant que la faculté de rétablir, ou non, la communauté, s'appliquât aux avantages révoqués par la séparation, la force de notre observation ne sera pas moins la même ; car l'époux au profit duquel aurait lieu la révocation pourrait-il espérer de trouver un repentir sincère, un retour de bienveillance et d'attachement dans son conjoint, privé ainsi des avantages qui lui avaient été faits? Le souvenir du passé, que chacun d'eux doit s'efforcer de repousser, ne viendrait-il pas sans cesse aigrir de nouveau celui-ci? Il faut bien peu connaître le cœur humain pour se faire illusion à cet égard ; dès lors la crainte raisonnable de ne trouver dans l'offenseur qu'un retour simulé à de meilleurs sentimens retiendrait presque toujours l'offensé, et s'opposerait à la réunion.

Quant à la déchéance du préciput, l'on peut dire que cet avantage étant relatif à la communauté, dont le contrat ne reçoit plus son exécution par le fait de l'époux coupable, on conçoit que

la loi a pu l'en priver, sans qu'on doive en conclure qu'elle ait également voulu le priver des autres gains matrimoniaux ; du moins son intention n'est pas manifeste quant à cette peine.

Toutefois, l'on dit que si les donations ne sont point révoquées de plein droit par l'effet de l'article 299, elles sont du moins révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 955, et l'on place ainsi la question sur un autre terrain. Mais nous répondons que l'article 959 porte que les donations en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude; et cet article, quoique placé à la matière des *Donations* en général, s'applique aussi à celles faites *entre* époux, puisqu'il ne fait aucune distinction.

Après avoir été jugée plusieurs fois en sens divers, la question a été décidée *in terminis* suivant notre opinion par plusieurs arrêts de cassation, un du 17 juin 1822 (Sirey, 1822, 1, 359); un second, du 10 août 1824 (*Ibid.*, 1824, 1, 30); et par d'autres encore rendus depuis la publication de la première édition de cet ouvrage.

630. Rien n'empêche, au surplus, l'époux qui a obtenu la séparation, de révoquer les donations faites depuis le mariage, car elles restent toujours soumises à l'empire du Droit commun, qui les dédéclare révocables, quoique qualifiées entre-vifs. (Art. 1096.)

631. Quant à celles qui lui ont été faites par son conjoint depuis le mariage, quelques auteurs (1) ont prétendu, par une fausse application des articles 299 et 300 combinés, que l'époux donateur contre lequel le divorce avait été prononcé n'avait pas le droit de les révoquer, parce que le premier de ces articles parle aussi des avantages faits *depuis* le mariage, et que le second dit, d'une manière générale, que celui qui a obtenu le divorce *conserve* les avantages qui lui ont été faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu : d'où ces jurisconsultes ont conclu que si la révocation était autorisée, l'époux ne conservant pas les avantages qui lui ont été faits, l'article 300, qui les lui *conserve* cependant sans aucune distinction, ne recevrait pas son entière application, ainsi qu'il doit la recevoir. Mais pourquoi donc dénaturer ainsi ces donations? Ont-elles été la condition du mariage, et ont-elles dû changer de caractère par un événement postérieur? Que disait l'article 300? Que l'époux *con-*

---

(1) M. Proudhon, tome I, page 319 et suivantes, et M. Toullier, tome II, page 78. Ces jurisconsultes disent que, depuis l'ordonnance mentionnée à l'article 238, l'époux contre lequel le divorce est prononcé n'a pu révoquer les donations faites pendant le mariage, attendu que, depuis cette époque, le mari ne peut plus rien faire en fraude des droits de la femme, ni, par identité de raison, la femme rien faire en fraude des droits du mari ; ce qui n'est qu'une pétition de principe, car si le mari donateur peut révoquer les donations dont il s'agit, il ne fait qu'user de son droit, et ne fait *fraude* a personne.

serve les avantages qui lui ont été faits, tandis que l'autre a perdu de plein droit ceux dont il avait été l'objet (1). Et nous voulons bien, quant à la *conservation* de plein droit des avantages, ne faire non plus aucune distinction entre ceux qui avaient été faits par le contrat de mariage, et ceux qui avaient eu lieu depuis : ce n'est pas là une grande concession de notre part. Mais comment les *conservait*-il? Est-ce dénaturés, subvertis dans leur essence? Non; la loi n'a rien dit de semblable. Il les conservait comme s'il n'y avait pas eu de divorce; tandis que ceux qu'il avait faits étaient révoqués de *plein droit.* Il les conservait dans leur état, et avec les mêmes conditions qu'auparavant; en sorte que si l'époux coupable, le donateur, prévenu par la mort, ou pour toute autre cause, ne les avait pas révoqués, ils auraient produit leur effet; au lieu que ceux qui lui avaient été faits ayant été révoqués de plein droit, il en était irrévocablement privé. La réciprocité disparaissait donc, comme le voulait l'article.

Nous ne dirons pas avec M. Delvincourt, qui du reste est de notre sentiment, que lorsque l'on a adopté l'article 300, le titre *des Donations et des*

---

(1) Suivant le Droit romain, dont nous avons adopté les principes généraux sur les donations entre époux faites pendant le mariage, la révocation avait même lieu de plein droit par le divorce, sans distinction. L. 62, § 1, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.* L. 18, Cod., *eod. tit.*

Testamens n'étant point encore rédigé, l'on ne savait pas encore si l'on conserverait les dispositions de l'ancien Droit, qui prohibaient les donations entre époux, à l'exception du don mutuel, lequel n'était révocable que du consentement des deux parties, et qu'on ne peut conséquemment dire que l'article 300 a eu aussi en vue les donations dont il est question dans l'article 1096; car, quoi qu'il en soit de cette observation, l'article 299 parlant expressément des donations faites *depuis le mariage contracté*, il est clair que ce sont celles faites *pendant* le mariage, et dont il est question dans l'article 1096 : mais nous dirons avec ce jurisconsulte, que l'intention du législateur a été, non pas que le divorce pût profiter à celui qui l'obtiendrait, ce qui eût été fort impolitique, mais qu'il ne pût jamais lui nuire : or, il lui aurait profité, s'il avait transformé en sa faveur une donation essentiellement révocable en une donation irrévocable désormais.

Au reste, lors même que, contre tous les principes, la question eût dû être jugée différemment en matière de divorce, elle devrait du moins l'être en ce sens dans le cas de séparation de corps, puisque l'on ne peut contester que la déchéance du droit de révoquer une donation révocable de sa nature ne soit une peine; et, d'après les arrêts de cassation cités au pénultième numéro, les dispositions pénales du titre *du Divorce* ne s'appliquent

point à la séparation de corps. Il serait en effet bizarre que, suivant cette jurisprudence, l'époux ne perdît pas les avantages qu'il a reçus, et néanmoins qu'il fût déchu des effets du Droit commun quant à ceux qu'il a lui-même conférés.

632. Comme la séparation de corps ne dissout pas le mariage, il suit de là que la présomption de paternité établie par l'article 312 subsiste encore, sauf au mari à désavouer l'enfant s'il croit devoir le faire, et s'il est d'ailleurs dans un des cas prévus par la loi. Sous celle du 12 brumaire an II, la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* n'avait pas effet à l'égard d'un enfant conçu postérieurement à la séparation de corps, quand l'enfant était reconnu par un autre père. Mais cette loi est abrogée, et la règle conserve toute sa force.

633. Puisque le mariage subsiste toujours, l'obligation pour les époux de se secourir n'est point éteinte; en conséquence, celui qui n'aurait pas les moyens de vivre pourrait réclamer de l'autre une pension proportionnée à ses besoins et aux facultés de celui-ci (1).

Ce droit, selon nous, n'est pas restreint à celui qui a obtenu la séparation, comme il l'était, par

(1) Voir l'arrêt de la Cour de cassation, qui a jugé en ce sens, le 28 juin 1815. Sirey, 1815, 1, 380.

l'article 301, à l'époux qui avait obtenu le divorce; la réciprocité doit subsister, puisque le lien conjugal subsiste toujours. Mais, généralement, dans la fixation du *quantùm* des secours, les tribunaux seront plus favorables à l'époux innocent qu'à l'époux coupable.

634. La jouissance légale des biens des enfans au profit du père pendant le mariage n'est point anéantie par la séparation de corps, même prononcée contre lui; et, par la même raison, elle subsiste au profit de la mère après la mort de son mari, encore que le jugement ait été rendu contre elle. L'article 386, qui porte que cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé, ne contenant pas la même déchéance, c'est-à-dire la même peine, dans le cas de séparation de corps, cet article ne saurait s'y appliquer sans arbitraire, d'autant mieux que les motifs sont loin d'être les mêmes, puisque, indépendamment des effets moraux, la séparation ne cause point aux enfans un préjudice aussi grave que celui que leur causait le divorce, qui donnait aux époux le droit de former respectivement de nouveaux nœuds.

635. On doit tenir aussi pour principe que le droit de successibilité établi au profit du conjoint *non divorcé*, par l'article 767, n'est point éteint dans la personne même de l'époux contre lequel la

séparation a été prononcée, encore que son conjoint ne se fût pas réuni à lui. Deux raisons le veulent ainsi : 1° après avoir créé, dans l'article 723, le droit de successibilité au profit du conjoint survivant, la loi ne fait, dans l'article 767, qu'une seule exception, et dont le motif est sensible : c'est qu'il n'y a plus d'époux après le divorce; tandis que la séparation n'en détruit point le caractère; 2° l'époux qui l'a obtenue conserve incontestablement les droits de successibilité, cela n'a pas besoin d'être démontré : or, ces droits sont généralement réciproques, à moins, comme dans le cas de l'article 202, que la loi, par des motifs particuliers, n'en ait formellement disposé autrement. Nous reviendrons au surplus sur ce point au titre *des Successions.*

636. « Les enfans doivent être confiés à l'époux « qui a obtenu la séparation, à moins que le tri- « bunal, sur la demande de la famille, ou du minis- « tère public, n'ordonne que tous ou quelques-uns « d'entre eux seront confiés aux soins de l'autre « époux, ou d'une tierce personne. » (Art. 302.)

« Quelle que soit la personne à laquelle les en- « fans seront confiés, les père et mère conserveront « respectivement le droit de surveiller l'entretien « et l'éducation de leurs enfans, et ils seront tenus « d'y contribuer en proportion de leurs facultés. » (Art. 303.)

Ainsi, quoique placés sous les chapitres qui traitent du divorce, ces articles s'appliquent à la séparation de corps (1).

637. Enfin, comme nous l'avons dit, les époux peuvent se réunir, et la communauté, dissoute par la séparation de corps, peut être rétablie du consentement des deux parties.

Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaire, et avec minute, dont une expédition doit être affichée sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance et dans celle du tribunal de commerce (2), afin que les tiers soient avertis que la femme a perdu la capacité de faire, sans autorisation, les actes qui sont dans les bornes de celle de la femme séparée de biens.

En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait pas eu de séparation; sans préjudice néanmoins de l'exécution des

---

(1) Jugé en ce sens par la Cour de Paris, le 11 décembre 1821. (Sirey, 1822, 2, 161); par celle d'Aix, et par la Cour de cassation, le 14 mai 1821. (Sirey, 1821, 1, 333.)

(2) Lors même que le mari ne serait pas commerçant; car l'article 872 du Code de procéd. ayant modifié en ce point l'article 1445 du Code civil, il est naturel de croire qu'il l'a fait aussi bien pour le rétablissement de la communauté que pour sa dissolution, puisque ce sont les mêmes formalités qui sont prescrites dans l'un et l'autre cas.

actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449.

Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle. (Art. 1451.)

FIN DE LA SÉPARATION DE CORPS
ET DU TOME DEUXIÈME.

TABLE

DES MATIÈRES.

TITRE V.

Du Mariage.

CHAPITRE PREMIER.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

SECTION III.

SECTION IV.

CHAPITRE II.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE III.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

SECTION III.

CHAPITRE VI.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE VII.

TITRE VI.

De la Séparation de corps.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

FIN DE LA TABLE.

Réseau de bibliothèques Université d'Ottawa Échéance	Library Network University of Ottawa Date Due

